MARINI GUARANI

SYNTAGMA

ROMANI JURIS AC PATRII

CONCINNATUM AUDITORIO SUO

SECUNDUM SERIEM

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

OPPORTUNE ACCEDUNT EXCURSUS

AD JUS HODIE RECEPTIUS.

TOMUS II.

EXCUDEBANT SIMONES FRATRES

Cum Publica venia.

NEAPOLI 1770.

AMPLISSIMO VIRO

JOSEPHO CARAVITÆ

TURITTI DUCI &c.

APUD AUGUSTISSIMUM REGNI CONSILIUM MAJESTATIS PATRONO &c. &c.

MARINUS GUARANUS

ευπραττειν.

DEcennium ipsum est, Vir Clarissime, ex quo domum tuam accitus & tuam in me humanitatem expertus sum semper, & te patrono usus sum præsentissimo. Serior igitur videri possit præstatio isthæc officii, & rationum mearum curiosior fortasse quispiam merito insimulare me queat, cur non priorem potius syntagmatis hujus partem tibi repræsentarim superiori biennio. Verum & amplitudinis tuæ ratio, & ipsum suscepti operis institutum eo nomine mihi calumniam fieri vetat. Si enim hoc obsequii mei monu-

mentum præoccupassem exolvere, palam fieri tam opportune non poterat, cujusmodi de te judicium ego foverem. Ita quidem comperendinandum mihi tantisper fuit, donec eadem opera innotescere posset & meum in amplitudinem tuam obsequium, & singulare tuum ingenium a me quanti fieret. Nimirum cum in præsenti operis parte celeberrima juris capita sim exequutus, & quæ ipse in foro summo cum plausu professus es olim, eam unam opportunissimam censui, quæ claritudini tuæ inscriberetur. Ecce enim congestas hic vides fideicommissorum ac legatorum ambages, substitutionum, ac ferme cetera ultimæ voluntatis euremata, queis & Jurisconsulto apprime opus, & quibus haud semel familiarum illustrium fortunæ omnes periclitari solent. Ea autem præcipui quodam titulo tibi deberi censebam, qui in domo Juris consultissima natus, eductus, majorum tuorum exempla vix pubes æmulatus primum, mox & in adolescentia supergressus, maximas id genus causas ea quidem ætate sustinuisses, qua adolescentes ceteri præclare secum actum existimant, si dupondii audiant. Eo accedebat, quod jura Majestatis complusculа ibidem enucleari res monuit; eis vero quem ego præ te patronum optarem, cui pridem ea tuenda credidit Principale Numen? Nimirum ubi ab Augustissimo Ferdinando rescitum, tibi

in

in Seviratu sanctissime olim agenti muneris publici necessitatem providentissimum Carolum non perpetuo remisisse, sed tantisper quidem, donec & res tuas familiares componeres, & uxore ducta spem majorum impleres (ii enim & liberos habere meruerunt, eorumque nomen belli domique clarissimum in te perimi non oportebat) ut idem comperit, in utroque familiæ tuæ consultum, optimi Parentis judicium, vota Patriæ, expectationem civium clementissime prosequutus primum exemplo singulari prope te XXV. virum stlitibus in Sacro Consilio judicandis renunciavit: mox jura Majestatis Principibus a Deo credita sibi sollicite tuenda memor, veritus, ne ea quid usquam detrimenti caperent aliena seu fraude, seu incuria, eximia animi tui constantia, fortitudine, sanctimonia, sapientia denique in jure dicundo perspecta, te potissimum apud augustissimum Regni Consilium cavere jussit proponendo, intercedendo, vetando, ne quando adversus ea quid fieret: quo sane munere nullum aut gerenti quidem honestius, aut Majestati cautius, aut Regno saltem utilius, præsertim si tui similibus perpetuo demandetur: ut proinde tot beneficiis, quibus rem Neapolitanam publicam demeritus est Bernardus Tanucius vir incomparabilis, & a quo uno post Principem promanat Regni felicitas, ingens cumulus accessisse videatur, quod

&

& eo præmonstrante providentissimus Princeps juribus Majestatis tuendis singularem Magistratum instituit, & te potissimum id curare jussit. Ceterum longum hic foret ostendere, quot bona quidem ex providentia tua in Provincias omnes, & principem Regni Urbem inde manarint. Quid enim ego prius commemorarem, totne Principatui restituta jura, an civibus universis commoditates inde paratas? Commerciine incrementa ob res soli in manus mortuas *transferri prohibitas, an Provinciarum compendia ob præclusas pecuniæ exportandæ vias? Superstitionemne debellatam, an solidam pietatem tuo patrocinio in integrum veluti restitutam? Verum his exequundis & justo libro opus, & hic ego non laudes tuas, sed causas cessationis meæ recensendas institui. Aliunde modestiam tuam lacessere religio mihi fuerit: & illud enim cum magnis viris in te commune novi, quod magnus esse, quam prædicari malis. Proinde, laudationi etiam loco præciso, id unum mihi relinqui video, Deo Optimo Maximo vota nuncupare, ut te optimis filiis parentem optimum, optimum Patriæ civem, optimum Majestati patronum servet quam diutissime. Vale, atque, ut occœpisti, jura Principatus strenue tutari perge. Neapoli pridie Kalend. Mart. ann.* CIↃIↃCCLXX.

INDEX

TITULORUM, ET EXCURSUUM.

Excur-

MARINI GUARANI
SYNTAGMA ROMANI JURIS AC PATRII
CONCINNATUM AUDITORIO SUO
SECUNDUM SERIEM
INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

LIBER SECUNDUS.
TITULUS I.
De rerum divisione, & acquirendo earum dominio.

JUs omne, quo cives utuntur, aut respectu personæ, quam quis in Civitate, & familia obtinet, consideratur, aut intuitu rerum, quarum ambitu dominium, & obligatio continetur, aut denique ratione modi, quo sibi jus quisque suum in Civitate per actiones asserit. Isthæc quidem tria juris objecta vulgo doctores appellitant; verum juris auctores nusquam ita loquutos invenio. Siquidem de personis, rebus, actionibus, potius eos egisse comperio, tamquam de summis juris capitibus, quam veluti de distinctis ejus objectis. Aliunde Jurisconsulti veteres jus potius cujusque suum Jurisprudentiæ objectum constituisse videntur Ulric. Huber. *digression.* 4.1. Bina autem argumenta hæc rubrica complectitur magni quidem usus in universo jure civili, alterum de divisione rerum, alterum de ipsarum ac-

quirendo dominio. Utrumque separatim exponitur in latioribus pandectarum libris, quem sane ordinem, utpote commodiorem, hic quoque sequemur.

II. Principio apud vetustissimos mortalium in primæva communione vix ullum rerum discrimen erat. Verum enimvero ubi introduci dominium pacis inter mortales interfuit, & ad beatius vivendum Civitates institui placuit, diversæ rerum divisiones evaluerunt jure seu Gentium, seu civili. Res autem a Jurisconsultis pecunia quoque dicitur eo cum discrimine tamen, quod latius rei vocabulum, quam pecuniæ patet. Rei namque vocabulum ea quoque complectitur, quæ sunt extra patrimonii nostri computationem; vox vero pecuniæ ad ea tantum extenditur, quæ in nostro sunt patrimonio *l.* 5. *ff. de verb. signif.* Ita sane quæcumque religione, aliove hominum instituto, eximi commercio placuit, rei quidem, non vero pecuniæ vocabulo designari solent.

III. Jam vero prima, eaque summa, rerum divisio est, quod *quædam in patrimonio, quædam extra patrimonium* dicuntur esse *princ. h. t.* Extra patrimonium censentur, quæ aut in commercio esse nequeunt, quæve derelictæ, aut nondum occupatæ, domino carent. In patrimonio, seu, quod eodem redit, *in bonis* esse dicitur, quicquid aut retineri per exceptionem, aut peti per actionem potest, licet in dominio sit alieno. Latior bonorum est enim, quam dominii appellatio. Nam bonis generatim adnumeratur non solum, quod bona fide possidetur a nobis, sed illud etiam, quod per actionem obtinere possumus *l.* 49. *ff. de verb. signif.* Ceterum loco Pauli *in l.* 1. *ff. de us.*

us. & usufr. leg. decepti quidam tertium rerum genus comminiscuntur, quæ scilicet neque in bonis, neque extra bona videantur esse: earum in numerum servitutes referunt. Verum id quidem monstri qui fingi queat, ego non video. Paulus quidem ita loquitur, non quia revera servitutes neque in patrimonio, neque extra patrimonium viderentur esse, sed quia tamquam res incorporales spectari deberent. Scilicet res incorporales post Stoicos Jurisconsulti negabant *esse*, ac tantum *intelligi* ajebant. Vide, quæ infra disseram *tit.* 2. Proinde Jurisconsultus disciplina Stoicorum imbutus negavit in bonis servitutes esse, quia ex Stoæ præceptis in rerum quidem natura non erant, sed tantum intelligebantur. Rursus neque extra bona eas esse dixit, quia & mente intelligerentur, & utilitatem præstarent. Vide Noodt. *probab.* 2.1.

IV. Altera rerum divisio ex Marciano *in l.* 2. *ff. h. t.* ibidem Triboniano est: *quædam naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum*. Scilicet postquam in urbes coivere mortales, quæ res seu propter immensitatem sui, seu propter usum, quem deberent omnibus, occupari non potuerunt, in primæva communione relinqui placuit, easque ideo dixere *communes*. Quas autem peregrinis communicari, aut ratio Principatus, aut civium commoda non paterentur, earum quidem usum civibus communicarunt, proprietatem vero cuique Reipublicæ addixerunt, easque cognato vocabulo *publicas* nominarunt. Rursus cum Respublicæ, Civitates, pagos, collegia complecterentur, quæ ad hæc pertinerent, *res universitatum* appellitarunt. At vero cum sine me-

tu numinis mortales ad scelera pronos in officio continentis Civitates stare vix possint, ipsa religio suasit, res quasdam promiscuis usibus eximi, eæque *nullius* sunt appellatæ. Quæ denique singulis aut lege agraria, vel occupatione, modisve acquirendi civilibus, in Civitate cesserunt, *res singulorum* vocarunt. Verum enimvero res singulorum ita quidem a civibus possideri placuit, ut a jure cujusque Reipublicæ legem acciperent. Cum enim optime constituta Respublica præter vulgare dominium nobilius alterum habere debeat, quod vocatur *eminens*, ipsa Principatus ratio videbatur exposcere, ut res privatorum legibus Principum regerentur. Quo quidem vetustissimo fœdere inter mortales inito Principes omnia sane regunt, at suum cuique servant. Verum instituti ratio in rerum humanarum initia me latius evagari non patitur. Proinde memoratæ divisioni rerum inservientes Philosophiam Jurisconsultorum accuratius investigabimus.

V. Communia igitur Jurisconsulti dixerunt, quorum promiscuus usus pertineret ad totum genus humanum, & a quibus, nisi per summam injuriam, nullus arceri posset. Quapropter quisquis innoxio eorum usu prohiberetur, injuriarum actione prohibentem convenire posse docuerunt *l. 2. §. 9. ff. ne quid in loc. publ.* Inter communia vero pronunciarunt referri oportere aerem, aquam profluentem, mare, & ad commodum ejus usum litora quoque. Vix enim usum ullum mare præstare posse videbatur, si liber ad litus negaretur appulsus. Hinc & vacuum in litore locum ædificando censuerunt occupari posse, eumque occupanti cedere, donec locus, ædificio diruto, jure

jure veluti postliminii, in libertatem reverteretur *l. 6. princip. ff. h. t.* At vero jus occupandi litus per inædificationem non promiscue omnibus deferri putarunt, sed intelligi oportere divisum pro Imperiorum diversitate, quibus ipsa litora continerentur. Quapropter litora, in quæ porrigeretur Romanum Imperium, tantum Romanorum esse arbitrabantur *l. 3. ff. ne quid in loc. publ.* Proinde nullam peregrinis injuriam inferri credebant, si in Romanis litoribus ædificare prohiberentur. Sane Marcianus maris, ac litorum communionem enarrans tantum ob innoxium maris usum litus commune dixit, aliud fortasse responsurus, si quid præter navigationis necessitatem in litore peregrini moliendum aggrederentur *l. 2. ff. h. t.* Ceterum a communibus res nullius distinxere Jurisconsulti, quæ scilicet communi mortalium usui tributæ non forent, cujusmodi sunt feræ bestiæ, & quæcumque Natura industriæ præmium paratum omnibus jussit esse. Hæc enim per occupationem acquiri posse pronunciarunt; illa vero propter usum, quem deberent omnibus, cujuscumque dominium refugere statuerunt: licet mare, quod exigua sui parte in fundum privatum admitteretur, aut jactis in altum molibus interciperetur, privatis addicerent *l. 3. ff. ne quid in loc. publ.*

VI. Quod ad res publicas, quarum in numerum retulere portus, flumina, ripas ex parte (1) etiam,

(1) Ripa Jurisconsultis est, ex quo planum vergit ad flumen, seu, quæ definitio Ulpianum auctorem habet *in l. 1. §. 5. ff. de flum. quod flumen continet naturalem cursus sui rigorem tenens.* Ripæ autem non proprietas, sed

etiam, atque ipſos alveos, quamdiu occuparentur a flumine, ita ſtatuere Juriſconſulti, ut earum quidem proprietas ad ipſam Rempublicam pertineret, uſus vero tantum eorum eſſet, qui cives in Republica cenſerentur. Sicubi ajunt igitur, unicuique licere in flumine publico navigare, piſcari, id quidem de illis tantum intelligendum, qui ſunt de populo, cujus fines flumen alluit; neque enim peregrinis inferetur injuria, ſi eo uſu arceantur. Nec vero regeras, Tribonianum §. 4. *h. t.* poſt Cajum *in l.* 5. *ff. eod.* riparum, & fluminum uſum publicum *jure gentium* dicere. Siquidem jure quidem gentium flumine civibus uti licet; ipſum vero flumen non eſt *juris gentium*, qua loquendi formula Tribonianus utitur ad rem communem omnibus indigitandam §. 5. *h. t.* Neque vero abſonum Juriſconſulti putabant, fluminis quidem uſum civibus patere tantum, aquam vero profluentem omnibus communem eſſe. Flumen enim unum veluti corpus, ac certo concluſum limite, eorum ſub imperio credebant eſſe, quorum finibus contineretur; at aqua profluens nec ſemper eadem, nec certo limite coerceri videbatur: nullius igitur imperio ſubeſſe ſtatuebant, ac dominium refugere exemplo maris.

VII. Ex dictis hactenus, ſat, puto, liquet, ita

ſed uſus tantum eſt publicus, ut præter alios Cajus diſerte ſcribit *in l.* 5. *ff. h. t.* Ipſius etiam alvei uſus quidem eſt publicus, non vero proprietas. Hinc in flumine nata inſula vicinorum erit, non publica §. 22. *h. t.* Recte igitur Græci Baſilicorum interpretes 46. *tit.* 3. *των οχθων εν τοις ποταμοις ου λεγω δεσποτεια, αλλα η χρησις* publica *εστιν. riparum non dominium, ſed uſus eſt publicus*.

ita rationes iniisse Jurisconsultos, ut rerum quidem communium usus deberetur omnibus seu civibus, seu peregrinis; rebus vero publicis uti tantummodo possent, qui ex populo forent, cujus finibus illæ continerentur. Haud ego quidem ignoro, turbatum in pandectis aliquid in rerum publicarum notione definienda seu compilatorum incuria, seu potius librariorum vitio ob male descriptum Marciani locum *in l.* 2. *&* 4. *h. t.* ipsa tamen Jurisconsultorum Philosophia suadet, ita eos existimasse. Siquidem Jurisconsulti post Stoicos duas veluti Respublicas complectebantur animo, alteram quidem maximam, qua Dii continerentur, & homines; minorem alteram, cui quemque adscripsisset nascendi conditio Cicer. 1. *de leg.* & Senec. *de otio Sapient.* 31. Necessario igitur rerum communium, quæ maximæ illius Reipublicæ veluti patrimonium constituerent, promiscuum usum omnibus vindicarunt; publicarum vero rerum, quæ in minoris Reipublicæ patrimonio videbantur esse, usum tantum civibus asseruerunt. Proinde mirari subit, clarissimum Gerardum Noodt. hujus Philosophiæ oppido peritissimum tanto molimine contendere, inter res communes & publicas nullum discrimen statuisse Jurisconsultos *prob.* 1. 8. Viro clarissimo fraudi fuit ambiguus Marciani locus *in l.* 4. §. 1. *ff. de divis. rer.* Cum enim *in l.* 2. *ff. eod.* pronunciasset Jurisconsultus, rerum communium usum omnibus patere debere, subdidit statim *in d. l.* 4. §. 1. *sed & flumina pene omnia, & portus, publica sunt.* Inde enim vir doctus liquere scribit, rerum etiam publicarum usum communem omnibus statuisse Jurisconsultum; alias excusari non posse Marcia-

num, qui rebus communibus flumina, & portus addiderit diversi sua natura juris. Verum virum clarissimum duo in errorem induxisse videntur; primum vulgata pandectarum lectio; nam Florentiæ quidem meliori fide, sententiaque ita legitur Marciani locus: *sed flumina pene omnia, & portus publica sunt* (1). Quæ sane lectio tantum abest a similitudine statuenda inter res communes, & publicas, ut potius inter utrasque discrimen ingerat. Deinde eidem fraudi fuit male coassatus Marciani locus. Nam si conjungas *l.* 2. cum *l.* 4. *ff. h. t.* (utraque enim ex libro tertio institutionum Marciani descripta dicitur) omnia cum Triboniano convenient *princ. h.t.* Quapropter nil causæ eidem Noodtio fuit Hotmanum fere sequuto expungere *τα quædam publica pr. eod.* cum præsertim ipse Theophilus eamdem cum Imperatore rerum divisionem habeat *in paraphr. h. t.* Conf. Wieling. *lect. jur.* I. II.

VIII. Ceterum Jurisconsultorum philosophiam circa res communes, ac publicas, & Principum leges, & ipsa hodie ratio melius inita repudiasse videntur. Primo enim portus, & flumina navigabilia, aut ex quibus navigabilia fiunt, & si quæ alia publica dicebantur olim, in tota fere Europa, & in Regno præsertim hodie ad Principum regalia pertinent (2) ob Friderici Ænobar-

(1) Florentinæ lectioni pene favet Scholiastes Basilicorum *libr. 46. tit. 3. pag. 166. οἱ μεν τοι ποταμοι παντες σχεδον, και οἱ λιμενες πυβλικοι εισιν, ητοι της πολιτειας εκεινης, καθ' ἡν και εισιν. Fluvii quidem omnes prope, & portus publici sunt, sive ejus Reipublicæ, in qua sunt.*

(2) Ex rebus, quæ publicæ dicebantur olim, unæ ri-

barbi constitutionem *in consuet. feud.* 2. 56. Deinde si accuratius res inspiciatur, neque aer, neque aqua profluens, nec mare, ejusve litora, feræ etiam bestiæ, ac volucres, communia omnibus videri debent. Primo enim, cum terræ, vel aquæ protendatur aer, ejusdem juris cum ipsa terra, vel aqua existimari debet. Ipse igitur aer aut erit in dominio Principum, si territorium inspiciatur; aut ad privatos etiam dicendus est pertinere, si singulorum prædia spectentur. Inde sane fit, ut ipso jure Civili, si muro meo vicini area protendatur, supra ejus aream, servitute non constituta, mœniana, vel suggrundia extruere nequeam. Deinde quod ad profluentem aquam, ea diverso a fluminibus jure censeri non debet. Cum igitur ipsa flumina ad Principes, privatosve pertineant, aqua etiam profluens vel in Principum, vel in singulorum dominio erit. Conf. Thomasium *ad Strauchium* 6. 2. Volucres etiam, pisces, & feræ bestiæ in tota fere Europa inter regalia referuntur hodie ex dicta Friderici constitutione. Vide Laurentium Fleischerum *in instit. feudal. c.* 9. §. 47. Denique quod ad mare, licet Jurisconsulti veteres Stoicorum præceptis innutriti mare commune omnibus docuerint esse, in

ripæ hodie sunt in promiscuo civium usu, unæ etiam in dominio privatorum secundum §.4. *h. t.* Neque regeras, inter regalia recenseri *ripatica* in Friderici I. constitutione: eo namque vocabulo ripæ ipsæ non designantur, sed aut vectigal, quod Principi solvitur in transeundo per ripas, quod Ducangio visum in voce *ripaticum*, aut vectigal, quod per flumen trajicientibus a Principe indicitur Stypman. *de jur. marit. part.* 5. *c.* 3.

in Principes tamen translata Republica, Imperatores ipsi maris dominium sibi vindicarunt, ut late ostendit Jacobus Gothofredus ad *l.* ἀξίωσις. *ff. ad l. Rhod.* Superiori etiam sæculo de maris imperio acriter inter se disputarunt Grotius, ac Seldenus, illo maris libertatem, hoc ejusdem dominium Principibus asserente; ac licet sui cuique defensores adfuerint, doctorum tamen consensus Seldeno litem addixit. Neque enim quidquam impedimento est, quin mare etiam jure occupationis acquiri possit, idque non magis absonum videri debet, quam quod pisces, flumina, fodinæ, & ἀδέσποτα cetera, inter Principum regalia referuntur. Si quid maris igitur ad Principes hodie pertinet, ejus ne innoxius quidem usus omnibus permitti debet. Jure enim dominii Principum erit decernere, quatenus, & quomodo cives, & peregrini in mari versari debeant, quæve merces, & quibus transvectari queant, cujusmodi controversiæ cum civibus ex Regni legibus, cum peregrinis ex fœderibus finiuntur. Vide Heineccium *in exercit. de navib. ob mercat. vet. merc. comm.* qui affatim satisfecisse videtur Bynkershoekio *in diss. de imper. mar.* Sed nos latius isthæc, quam pro instituto: quod superest igitur, de rebus universitatum, & nullius raptim agemus.

IX. Quod ad res universitatis, eæ rectius intelligentur, si in antecessum universitas ipsa definiatur. De ejus autem notione verissimum illud est, negando facilius, quam ajendo intelligi posse. Per nos igitur ea esto *civilis hominum societas, quæ nec familia, nec libera sit Respublica.* Ejusmodi sunt collegia, vici, pagi, ipsæ Civitates etiam,

quæ

quæ tamen alteri pareant, nec summo utantur imperio. Porro res universitatis quandoque dicuntur & publicæ: id tamen fit καταχρηστικῶς (*abusive*) quemadmodum analogia quadam Civitates, quæ alteri parent, Respublicæ quandoque dicuntur. Res igitur universitatis sunt, quæ ad prædicta corpora pertinent: ejusmodi sunt fora, theatra, stadia. Ea vero in usu sunt quidem civium, in ipsius universitatis proprietate tamen: qua sane ratione res universitatis ab ipsius patrimonio differunt; hujus enim ne usus quidem est civium. Hinc si de patrimonio Civitatis agatur, cives a dicendo testimonio abstinere non debent: contra iidem testes esse prohibentur, si de rebus universitatis agatur, cum singulorum pecuniarie intersit *arg. l. 3. C. de test.* Sed in his hodie mores benignius agunt, & ipsi cives testimonium dicere in universitatis lite non prohibentur, si religioni judicis expedire videatur. Nunc, quod superest, de rebus nullius edisserendum,

X. Principio licet res nullius dicantur alias non solum feræ bestiæ, hereditas jacens, thesaurus etiam, ceteraque pro derelictis habita, sed & quæ in publico sunt civium usu *l. 1. princ. ff. h. t.* res tamen sacræ, sanctæ, religiosæ potiori quodam jure nullius sunt appellatæ. Siquidem priores illæ ita sunt comparatæ, ut in bonis esse aliquando queant; hæ vero cum in Deorum superum, medioxumorum, aut manium, mancipium semel cesserint, in commercium redire nequeunt, neque hominum dominio subjici, nisi fortasse, sacris evocatis, religione liberata fuerint: alias ne diruto quidem ædificio locus sacer esse desinit *l. 6. §. 3. ff. h. t.* Et olim quidem ut res

res ſeu publica, ſeu privata, ſacra cenſeretur, Diis ſuperis conſecranda recepto ritu per Pontifices erat. Id inſtitutum Romæ vetuſtiſſimum eo pertinebat, ne qua peregrina religio in Urbem illata aut animos ab avita religione deflecteret, aut quid detrimenti Reſpublica caperet, ſi externa ſuperſtitione cives inficerentur. Neque enim in Civitate concordia ſperari poſſe videbatur, ſi diverſo Deorum cultu, neque eiſdem cæremoniis ipſorum mentes dividerentur. Ceterum ubi Rempublicam invaſere Principes haud ignorantes, inſciam multitudinem ſemel religione perculſam ſacerdotes audire præ Cæſare, dominationi ſubſidium Pontificis quoque maximi titulum aſſumentes ſacrorum arbitrium ſibi vindicarunt Tacit. *ann.* 3. 58. Nihil igitur exinde ſacrum, niſi quod ab ipſo Principe, tamquam ſummo Pontificum, aliiſve, quibus ipſe Princeps id demandaſſet, Diis ſuperis rite ſacratum eſſet. Id autem, tamquam a ſuperis occupatum, & extra commercium humani generis, nec æſtimationem recipere, nec obligari poſſe credebatur *l.* 9. §. 5. *ff. h. t.* Ubi rerum potiti ſunt Chriſtiani Principes, ſacrorum curam Epiſcopis reliquerunt, ſalvo tamen Majeſtatis jure, quæ, quatenus patitur Chriſtiana Religio, ſacra quoque complectitur. Hinc veterum inſtituta firmantes & ipſi res ſacras quoquo titulo abalienari vetuerunt, niſi aut captivi redimendi, aut in publica fame pauperes alendi forent, aut denique ſi, urgentibus creditoribus, æs alienum Eccleſiarum aliunde exolvi non poſſet §.8. *h.t.* & *l.*21. & *auth. præterea. C. de ſacroſ. Eccl.* At vero res, quæ dicuntur *Eccleſiaſticæ*, & unde clericis, aut pauperibus alimenta præſtantur, ſi uti-

utilitas Ecclesiæ ita suaserit, distrahi non prohibentur; verum, sicut in contractu minoris, causa cognita, & consensu Principis accedente. Vide doctores ad *novell.* 120. *c.* 7.

XI. Loca religiosa veteribus erant una sepulcra; verum jure Pontificio nosocomia etiam, orphanotrophia, gerontocomia, & id genus alia, religiosa dicuntur. Porro locum purum, & religione vacuum, per cinerum, cadaveris, & unius etiam capitis illationem Diis manibus mancipari credebat prisca superstitio. Non mirum igitur, si & sepulcra, tamquam in manium translata dominium, abalienari non possent; licet ipsum jus inferendi quocumque titulo in alium transferri posse crederetur *l.* 14. *C. de leg.* Neque vero sola cadaveris illatione religione locus occupabatur, nisi & prædii dominus in id consensisset. Id eo pertinebat, ne cujus conditio sine facto suo per alterum deterior fieri videretur: eademque causa fuit, cur in fundo fructuario reliquiæ condi non possent, nisi proprietarius simul, & fructuarius consensum interposuisset *l.* 2. §. 1. & 7. *ff. de relig.* Ceterum in Urbe cadavera sepeliri vetuere Decemviri, seu ne sacra Civitatis pollue-rentur, seu ne ferales ejulationes apud tumulum assueta bello pectora, & diuturnis præliis roborata dissolverentur. Fletus enim longiores augent mortis opinionem, ad cujus contemptum assuefaciendus erat populus Marte prognatus, & omnibus Gentibus imperaturus. Hinc extra Urbem in prædiis suum cuique sepulcrum, secus viam plerumque positum, quo præsenti exemplo ibi sitorum hominum prætereuntes admonerentur, se quoque mortales esse. Cum vero prisca religio in-

inhumatos homines miserrimos apud inferos esse crederet, sepulturæ officium ipsi humanitati tribuendum existimabat Civitas non minus armis, quam insignibus pietatis exemplis assueta. Igitur in agris quoque publicis sepulcreta decerni placuit, in quibus

—— *miseræ plebi stabat commune sepulcrum*
Pantolabo scurræ, Nomentanoque nepoti.

Ad Christianos Principes translato rerum arbitrio, secundum instituta majorum in Urbe sepulcra vetita, & ipse Theodosius Magnus valescentem morem sepeliendorum in Urbe cadaverum lege coercuit *l. 4. C. Theod. de sepulcr. viol.* At legem tandem vicere mores. Postquam enim cupido Christianos incessit optandi sepulcra prope martyria, ubi hæc in urbes translata, primum illustribus pietate, vel nobilitate viris sepulcrum in Ecclesiarum vestibulo, deinde in ipsis Ecclesiis concedi cœpit. Vid. Murat. *anecd. latin. diss.* 17. His igitur initiis primum Leo Sapiens veterem de sepeliendis extra Urbem cadaveribus legem in Oriente abrogavit *novell.* 53. Deinde in Occidente nono vertente sæculo, mutata jam rerum facie, de Majestatis juribus Principibus incuriosis, Episcopis, & parochis datum arbitrium religione sua statuendi, quos in Ecclesiis sepeliri oporteret *concil. Meld. c.* 72. Ita factum, ut non solum sepulcra intra urbes maximo mortalium damno increbuerint, sed & contra Ecclesiæ rationes intra augustissima templa promiscua sepultura inoleverit, licet ipsa novissima disciplina tantum in cœmeteriis sepulcra permittat, ut constat ex ipso rituali Romano.

XII. Sanctæ res denique sunt muri, & portæ

tæ etiam Civitatis §. 10. *h. t.* Nec urbis principis tantum, sed & municipiorum muros sanctos habendos esse, recte respondisse Sabinum refert Cassius *in l.* 8. §. 3. *ff. de rer. divis.* Murorum vero sanctitas inde manabat, quod non solum sanctione muniebantur adversus injurias, sed & quia certis cæremoniis extruebantur, ac Diis medioxumis mancipabantur Plutarch. *in Romul.* Hinc & dedicari consuesse muros, ostendit titulus apud Gruterum *pag.* 166. *inscript.* 2. Id autem factum oportuit in Martia Civitate, & ad bellicos excitanda labores, ut non minus pro mœnibus, quam pro religione, cives se dimicare crederent. Verum ibidem Plutarchus muris quidem sanctitatem asserit, neutiquam vero portis: inde Aleander *in not. ad Cajum* occasionem arripit eum traducendi, quasi parum discrimen nosset inter sacrum & sanctum. Nil erat tamen, cur eo nomine viro rerum Romanarum peritissimo dica scriberetur. Sanctum enim bifariam dicebatur olim: nam interdum idem, quod sacrum indigitabat Macrob. 3. *Saturn.* 3. interdum nec sacrum, nec religiosum erat, sed quod adversus injurias sanctione munitum foret *l.* 9. §. 3. *ff. de rer. divis.* Priori notione quidem portæ sanctæ non erant; neque enim Diis sacrari posse videbantur, cum per eas inauspicatæ res etiam, & ipsa cadavera transvectanda forent: posteriori vero portæ etiam sanctæ credebantur, quoniam & ipsæ sanctione adversus injurias defendebantur, eisque, qui eas violasset, imminebat capitale supplicium *arg. l.* 2. & 3. *ff. ne quid in loc. sacr.* Sed apud nos mitius, & arbitrio judicis puniuntur, qui mu-

ris,

ris, aut portis urbium injuriam inferunt, modo tamen absit hostilis animus.

XIII. Ex dictis facili negotio definiri poterit, quæ res singulorum in Civitate sint. Et apud nos quidem, si a feudis discedas, res privatorum omnes publici juris intuitu ejusdem sunt generis, & eodem jure censentur: verum apud Romanos, quibus ignota feuda, nec unius generis res privatorum erant, nec eodem iure possidebantur. Quædam enim res *mancipi*, quædam vero *nec mancipi* censebantur: illæ in dominio Quiritario erant, si modis civilibus quæsitæ forent a civibus; hæ tantum in dominio bonitario esse poterant. Licet autem Justinianus rerum mancipi, & nec mancipi discrimen omnino sustulerit *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.* cum tamen ejus differentiæ vestigia quædam in jure supersint, ad memoriam vetustatis juvabit hic definire res mancipi.

XIV. Res igitur mancipi dicebantur, quæ & per mancipationem abalienari poterant, & in dominio Quiritario esse. Et de dominio Quiritario quidem infra pluscula. Quod ad mancipationem, ea actus legitimus, & propria species alienationis erat, inter solos cives, eosve, quibus commercium datum esset, certis verbis, libripende, antestato, & quinque testibus præsentibus, expedienda Ulpian. *fragm. tit.* 19. §. 3. *& sequ.* Ea dicebatur & *nexus*, quia, ut mox liquebit, mancipantem arcte nectebat, obligabatque. Nexus tamen vocabulum generis erat; nam nexa videbantur & ea, in quæ per æs & libram mancipata nudum jus obligationis, veluti pignoris, quis haberet. Hinc & obærati creditori traditi *ne-*

xi

xi dicebantur Salmas. *de mod. usur.* 18. Proprium mancipationis erat, quod & res a domino mancipatæ statim dominium Quiritarium mancipi, seu accipienti pararent, & rei mancipatæ periculum penes venditorem esset. Proinde si res eo ritu tradita evicta foret, auctoritatis nomine venditor duplo tenus obligabatur Paul. 2. *sent.* 17. 3. licet in emptionibus periculum alias emptoris esset, nisi sibi de evictione in duplum cavisset, aut simplum... Dupla promitti solebat in pretiosis rebus, in ceteris vero simpla *l.* 37. *ff. de evict.* Quia tamen in bonæ fidei judicia veniunt, quæ moris & consuetudinis sunt, placuit usu fori, ut in duplum, aut simplum evictionis nomine generatim teneretur venditor, licet ejusmodi cautionem non præstitisset *l.* 20. *ff. de Ædil. edict.* Vide Aleandrum *ad Caii inst.* 1. 1.

XV. Porro res mancipi fere omnes numeravit Ulpianus *fragm.* 19. 1. *Mancipi*, inquit, *res sunt prædia in Italico solo tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis est domus: item jura prædiorum rusticorum; veluti via, iter, actus, & aquæductus. Item servi, & quadrupedes, quæ dorso, collove domantur; velut boves, muli, equi, asini. Ceteræ res nec mancipi sunt.* Generis definitionem prætermisit Ulpianus; nam pro Jurisconsultorum more statim ad exempla prosilit: generatim tamen res mancipi recte fortasse definiemus, quæ nobilissimam patrimonii partem complectebantur. Nolim tamen assentiri Cujacio *in paratitl. ad tit. C. de usucap. transform.* existimanti, omnia, quæ veneunt auro contra, vel supra, res mancipi videri oportere. Res quidem mancipi pretiosæ erant; non licet tamen tu-

to convertere, pretiosa omnia fuisse res mancipi. Solas margaritas Ulpianus omisit, quæ a Plinio *l. 9. hist. natur.* 35. inter res mancipi referuntur, & in mancipatum, ut prædium, venire scribit. Eas in numeratione sua fortasse præteriit Ulpianus, quia margaritarum Jurisconsulti veteres non meminissent: nam bello Jugurthino tandem unionum nomen Romæ percrebuit, ut proditum ibidem a Plinio. Margaritis exceptis igitur, in aliis regulam Ulpiani sequemur: *cetera res nec mancipi sunt*.

De acquirendo rerum dominio.

CUm generatim definiat Ulpianus *in l. 49. ff. de verb. sign.* in bonis nostris videri esse non solum, quæ dominii nostri sunt, sed actiones etiam, recte statues, jus nobis competere generatim posse vel *in rem*, dominii scilicet, aliusve juris asserendi gratia, vel *in personam*, quam nobis aliquid dare, facere oportere dicimus. Cum enim pro diversitate juris diversæ sint actiones, quemadmodum actiones omnes in rem, aut in personam tantum instituuntur, ita jura non alia poni debent, quam quæ res ipsas, aut personas afficiant. Siquidem si jus nostrum in res ipsas asserimus adversus alium, jus in rem ipsam exserimus, & ex ipsa re manans nobis obnoxia; sin alium judicio lacessimus ad præstandum, vel faciendum aliquid, jus in personam urgemus, seu ex ipsa persona manans ad dandum, vel faciendum obstricta. Exemplo actionum igitur jus nobis competere generatim posse vel *in rem*, vel *in personam*, dicendum foret *arg. §. 1. inst. de act.* Ea enim vocabu-

bula & a veteribus sunt usurpata, & rebus ipsis probe conveniunt. Verum enimvero ubi sequiorem ætatem incessit novandi libido, a recepta Jurisconsultorum formula desciscі placuit, ac præter veterum morem jus omne vel *in re*, vel *ad rem* esse dictitari. Quicquid enim de priori formula statuendum sit, jus certe *ad rem* pro jure in personam indigitando nusquam a Jurisconsultis usurpatum invenies, ne a Paulo quidem, quod perperam quidam contendunt, *in l. 3. ff. de obl. & act.* Neque enim ex eo, quod nobis alius ad præstandum, vel faciendum obstringitur, personalis actio *jus ad rem* recte dici posse videbatur. Ita enim actio isthæc *jus ad factum* dici potuisset, quia non tantum ad præstandum, sed & ad faciendum per illam quis obligatur. Verum ego de recepta jam formula cum ipso sæculo jurgare nolim. Et per nos igitur cum vulgo doctorum jus omne vel *in re*, vel *ad rem* esse definietur. Cum enim dominii percipiendi causa tota hæc quæstio a nobis suscepta fuerit, notis vocabulis usurpatis, facilius intelligentur, quæ de rerum acquirendo dominio recentiores edisserunt.

II. Jam vero præeunte Grotio 2. *manud.* 1. jus *ad rem* definiri solet *facultas personæ competens in personam, ut hæc aliquid dare, vel facere teneatur.* Ex hoc autem jure manant obligationes omnes, quæ, cum certæ personæ cohæreant, eam tantum, non tertium, obligare possunt. Si qua enim obligatio in heredem transit, id inde fit, quod persona heredis a defuncto diversa non censeatur. Verum de jure *ad rem*, & obligationibus ex eo manantibus, opportunior erit differendi locus in libro tertio: hic de jure

in re tantum, quod dominii ratio postulat, sermonem instituemus. Id autem, eodem Grotio duce, definitur in scholis *facultas homini in rem competens sine respectu ad certam personam*. Id igitur juris cum ipsi rei, non personæ, cohæreat, rem ipsam perpetuo comitatur, eaque surrepta, vel deperdita, extingui non potest: proinde eo nomine adversus quemcumque possessorem recte agimus *l. 25. ff. de obl. & act.* Hæc si probe percipiantur, juris in re species intelligentur esse *dominium*, *servitus* seu personalis, seu realis, *pignus*, & *hereditas* denique, non quatenus res complectitur in hereditate repertas, sed quatenus generatim in heredem transfert jus consequendi omnia, quæ quocumque modo ad defunctum pertinuisse dicentur. Vide, quæ infra disseram *de reb. corp. & incorp. §. ult.* Scilicet hereditas in omnia jus æquum heredi non tribuit: Neque enim heredis jus aliud esse potest, quam defuncti fuerit: igitur pro diversitate rerum diverso jure censebitur, licet ex uno hereditario jure. Consi Ulric. patr. *digress. 4. 6.*

III. Perperam tamen hic quidam dotem etiam, ac possessionem juris in re speciebus accenseri jubent. Quod enim ad dotem, ea, jus universale non est, neque ex jure dotali eadem semper actio competit. Siquidem si certa res fuerit in dotem data, in ea petenda vindicatio instituetur; sin dotis causa pecunia promissa fuerit, personalis contra debitorem intendetur actio. Cum igitur pro dotis diversitate ex jure dotali alias vindicatio, alias condictio instituatur, jus dotis aut a dominio, aut ab obligatione personali manabit, nec semper est idem, ut jus singulare, & in re quidem illud, constituere

queat.

queat (1). Idem de possessione existimari velim: eam enim inter jura in re numerari non posse, vel inde liquet, quod rem ipsam haud afficiat, sed statim expirat, ubi res nobis erepta fuerit *l.* 15. *ff. de acquir. poss.* cum contra jus in re constitutum, re surrepta, se maxime exserat. Quod autem quidam garriunt, ex jure possessionis in rem actionem oriri saltem, ubi interdicto de retinenda possessione agitur, nescio ego quidem, an quidquam ineptius, & a jure alienius excogitari queat. Cum enim retinendæ possessionis interdictum accommodetur illis, qui se possidere contendunt, profecto non video, qui dici queat in rem ille agere, qui possidere se ait, & rei, quam possidet, restitutionem urgere. At habet, inquies, jus rem retinendi possessor, & amissa possessione ad exhibendum agit. Verum & jus retentionis non ex possessione manat, sed ex titulo, quo quis possidere dicitur, veluti *pro emptore*, *pro legato*, *pro dote*; & actio ad exhibendum, licet in rem scripta sit, & in tertium etiam institui possit, origine sua tamen personalis est, eisque competit etiam, qui omni in re jure destituuntur, veluti commodatario, depositario, conductori *l.* 4. *ff. ad exhib.*

IV. Porro de ceteris juris in re speciebus alias erit dicendi locus; hic, quod præsens rubrica postulat, de dominio tantum, magno illo quidem scelerum, ac virtutum incitamento, curatius disseremus. Ut autem apte procedat suscepta dispu-

(1) Ultro hic ego concesserim, dotem acquirendi modum universalem fuisse olim, si mulier convenisset in viri manum. Nuptiis enim eo ritu initis, omnia mulieris bona dotis nomine vir occupabat Cicer. *in top.* 4.

tatio, primum dominii originem, species, & caussas dispiciemus. Ita enim facilius dignoscetur, quibus modis dominium nanciscamur jure seu Gentium, seu civili.

V. Principio, cum in pari causa conditionem possidentis meliorem existimari oportere ipsa Natura suadeat, recte videtur pronunciasse Nerva *in l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. poss.* ex naturali possessione rerum cœpisse dominia. Cum enim cuiquam res adimi nequeat, nisi ab eo, qui plus juris in eam habeat, profecto in primæva communione præter æquum & jus videbatur facturus ille, qui possidenti præferri voluisset. Ejus autem juris vestigia in his hodie aperte cernimus, quæ terra, mari, Cæloque capiuntur. Ea enim & protinus eorum fiunt, qui primi possessionem apprehenderint, eisque, qui ceperint, non sine injuria adimuntur. Cum olim igitur jus separatim, & sibi habendi præcipuum, dominium constitueret, idque præstaret apprehensio, eamque sequuta possessio, inter possessionem ipsam, & dominium jure primævo nihil interfuit. Verum ut jus cujusquam ultra possessionem in re apprehensa produceretur, ex sola olim apprehensione fieri non poterat, cum apud priscum hominum genus omnia pro indiviso pertinerent ad omnes. Proinde ut ultra possessionem jus cujusquam extenderetur, reique extra præsentem custodiam positæ retineretur dominium, communi pacto opus inter mortales fuit, quo & naturali apprehendendi juri renunciaretur, & nemo rei jam occupatæ post alterius apprehensionem incumberet. Dominium igitur firmum ac stabile ex pacto profluxisse putarim. Ejusmodi quidem commune pactum, seu ad indu-

dustriam excitandam, seu ad discordias amoliendas, iniisse universum genus humanum, serio edixit Grotius *de jur. bell. & pac.* 2.2.2. id tamen &, qui fieri potuerit, vix intelligi potest, & ejus tabulæ nusquam extant. Proinde minus a vero abesse crediderim, qui dominii originem a jure Civitatis repetunt. Veri enim similius videri queat, singulas Civitates communi sponsione pepegisse, ut sibi quisque jure præcipuo res occupatas haberet, licet perpetuæ possessioni gallinæ ritu non incubaret.

VI. Jam vero, quam enarravimus, Philosophiam ipsi Jurisconsulti Romani satis inculcasse videntur, dum rerum suarum dominium extra Civitatem suam ad neminem pertinere pronunciarunt. Sane scribit aperte Pomponius *in l.* 5. §. 2. *ff. de capt. & postl.* quod ex nostro pervenenerit ad eas Gentes, quibuscum fœdus haud sit, statim illarum fieri. Æquum videbatur enim, communem Civitatis sponsionem de rebus semel occupatis non intercipiendis extra nostram Civitatem hominibus præjudicare non oportere. Populos tantum Jurisconsultus excipit, quibuscum fœdus fuisset initum. Fœderis enim sanctitas postulare videbatur, ut alterius Civitatis pactum de tuendo dominio ratum apud alteram haberetur. Ejusmodi Philosophiam a Romana Jurisprudentia fortasse deductam ipsis Turcis placuisse comperio. Cautum enim in fœdere a Turcis cum Belgis fœderatis inito, ut præter Belgas peregrini omnes in Turcarum Imperium appellentes statim servi fierent, & ipsorum bona publicarentur Bynkershoek. *de dom. mar.* 1. In eo tamen & Turcis, & ipsi Pomponio assentiri nequeo,

quod apud exteras Gentes homines etiam nil tale meritos statuant servos esse. Licet enim jus occupandi quælibet a primæva communione manet; nemo tamen admiserit, idem juris ad ipsos homines extendi oportere. Cum enim homines Naturali jure liberi nascantur omnes; temere occupanti cedere nequeunt. Ceterum ex dictis sat, puto, liquet de Jurisconsulti sententia *in l. 5. ff. de just. & jur.* Quod enim ibi scribit, dominia jure Gentium distincta fuisse, id eo pertinet, ut intelligatur, jure Gentium, fœderibus initis, naturalem libertatem occupandi res exterorum possessioni non incumbentium fuisse coercitam intra regulas, quibus dominia rerum in Civitate reguntur. Ut enim in Civitate res cujuspiam attentare nefas; ita Gentibus inter se fœderatis ex Jurisconsulti mente, tamquam si in eadem Civitate forent, res fœderatorum occupare non licet.

VII. Jam vero dominium non unius est generis jure seu civili, seu patrio. Principio celeberrima apud Jurisconsultos est dominii divisio in *Quiritarium*, & *bonitarium*. Postquam scilicet qua notus patebat orbis, Imperium protulere Romani, ut rerum dominos se vere proderent, principia juris vanissima quædam excogitarunt, quæ tot bella feliciter depugnata victori facile persuadere poterant. Ut igitur singularem illam libertatem ex jure Quiritium soli venditarunt, cujus ceteræ Gentes exsortes forent, ita singulari quodam dominio sibi plauserunt, quo uni Romani cives potiri possent. Quapropter & Jurisconsulti popello adblandientes libertatis exemplo duplex distinxere dominium, alterum *ex jure Quiritium*, alterum *ex jure Gentium*: illud quidem nobilius

a so-

a solis civibus parari posse docuerunt, hoc promiscue ab omnibus quæri posse putarunt seu civibus, seu peregrinis. Ita factum, ut rebus in dominio bonitario positis utendi, fruendi facultas, & alienandi quoque penes possessores esset, dominio Quiritario tamen, ac jure optimo possideri non crederentur. Neque tamen quæcumque possidebantur a civibus, ex jure Quiritium possideri censebantur. Nam in dominio Quiritario res esse non poterat, nisi & mancipi esset, & modis acquirendi civilibus quæsita foret. Modi acquirendi civiles sunt ***hereditas***, *mancipatio*, *in jure cessio*, *usucapio*, *sub corona emptio*, *auctio*, *adjudicatio*, *lex*, *adrogatio*, *acquisitio* denique *ex Senatusconsulto Claudiano*. His donationem, ac traditionem etiam accenset Heineccius *in antiq.Rom. h.t.* verum neutra dominium Quiritarium transferri poterat, nisi mancipatio, aut usucapio saltem intercessisset Ulpian. *fragm.* 1. 16.

VIII. Porro dominio suo Quiritario nescio quid inesse credidere Romani, quod civi perpetuitatem quamdam juris afferret. Si enim res ita quidem affecta abalienaretur sine ritu civili, ejus dominium quidem bonitarium transibat in emptorem, ejusque in bonis erat; dominium vero Quiritarium adhuc a venditore retinebatur, donec aut ritus mancipationis ad traditionem accederet, aut certe usucapio civile quoque dominium addixisset emptori Ulpian. *fragm.* 1. 16. Verum has ambages aboleri jussit Justinianus. Siquidem dominii causa ad simplicitatem juris Gentium revocata, res omnes ab omnibus æquo jure possideri voluit, dominii civilis, & naturalis, seu Quiritarii, & bonitarii, sublato discrimine *l. un.*

C. de

C. de nud. jur. Quir. toll. Ceterum ex dictis intelliges, qua sententia cum Salmasio tandem in libellis *de mutuo* scriptis tueri possimus, mutuum alienationem haud esse. Cum enim mutuum consistat in re fungibili, quæ extra numerum rerum mancipi erat olim, res quidem mutuo datæ apud veteres alienari non videbantur tamquam res mancipi: in accipientem igitur dominium Quiritarium transferre non poterant. Eædem tamen alienabantur, ut res non mancipi, atque ita bonitarium dominium transferebant in accipientem. Et mirum videri queat, cur Salmasium Jurisconsultorum responsis abusum vix ullus hactenus refutarit rationibus ex dominiorum diversitate petitis.

IX. De altera divisione dominii in *Prætorium*, & *civile*, frustra laboratur hodie. Præter quam quod enim jus Civile, ac Prætorium æquam auctoritatem obtinere jussit Justinianus, veteri quoque jure licet Prætor heredem directe non faceret, bonorum tamen possessio, quam edicto dabat, effectu juris ab hereditate non differebat. Tantisper res ita possessæ tantum in dominio bonitario erant, donec accedens usucapio dominium quoque Quiritarium adjiceret. Nec magis hic morari nos debet dominii divisio in *Italicum*, & *Provinciale*. Licet enim ex jure veteri ob annuas præstationes seu in pecunia, seu speciebus Provincialium prædiorum dominium penes ipsum Populum Romanum, posteaque penes Principes videretur esse, ideoque jure non optimo possideri, rerum tamen Italicarum & Provincialium sublato discrimine, possessores omnes plenissimos rerum dominos jussit esse Justinianus *d. l. un. C. de nud.*

nud. jur. Quir. toll. & l. un. C. de usuc. transform.

X. At vero frequentioris est usus hodie dominii divisio in *plenum*, *directum*, & *utile*. Postrema quidem vocabula delicatulis quibusdam disciplicere video, quia scilicet actionibus quidem indigitandis, non vero dominiis distinguendis, ea veteres accommodarunt. Is tamen loquendi ritus & rationibus ex jure petitis non destituitur, & quæ contra differuntur, haud tanti videntur, ut receptissimis in foro verbis repudium mittere debeamus. *Plenum* igitur dominium erit, ubi & jus utendi fruendi, & liberum de re commercium est penes eumdem. *Directum* dominium appellatur, si jure utendi fruendi se dominus abdicarit, certam præstationem annuam in speciebus, pecunia, aut operis, sibi stipulatus. *Utile* denique dicitur, si dominus jure quidem utendi fruendi non careat, de re tamen libere statuere non possit, & prædictis præstationibus sit obstrictus. Ita sane in superficie, emphyteusi, feudo, dominium directum est penes superficiei, emphyteusis, aut feudi dominum; dominium vero utile est penes superficiarium, emphyteutam, aut vasallum. Sed de feudis quidem ignotis jure Romano nos separatim agemus, si vita suppetat; de emphyteusi, & superficiei jure opportunius videbimus alias. Quod superest igitur, ad dominii causas expediendas progrediemur.

XI. Dominii causa in *remotam*, & *proximam* commode dispesci potest: hæc *modus acquirendi* dicitur, & aliquem dominum statim efficit; illa *titulus* appellatur dominio quidem transferendo aptus, reipsa tamen jus tantum ad rem, non do-

dominium transferens. Utriusque causæ discrimen in plerisque juris Gentium acquisitionibus videtur quidem obscurius, liquido tamen ex traditione patescit. Ita sane venditio, similesque tituli causam quidem dominii complectuntur, dominium tamen ipsum traditione transferunt. Contra occupatio modus est acquirendi dominii; ejusdem tamen titulus jus est in res cunctas homini a Deo datum. Quod igitur modo præcepi, per titulum jus tantum *ad rem*, neutiquam *jus in re* quæri potest. Licet enim recte post Grotium Pufendorfius *de jur. Nat. & Gent.* 4. 9. 8. ex jure Naturali doceat sine traditione transferri posse dominium, saltem quatenus consideratur a possessione distinctum, jure Romano tamen sine traditione, vel quasi, dominium, aut aliud jus in re transferri non potest *l.*20. *C. de pact.* Tantum *hypothecæ* pactum, *servitutes negativæ*, quas vocant, res etiam judicio duplici *communi dividundo*, *familiæ erciscundae*, *finium regundorum* adjudicatæ, & quæsità *per ultimam voluntatem* sine traditione jus in re transferunt, ut in tempore latius memorabo.

XII. Jam vero tituli acquirendo dominio apti octo in pandectis occurrunt *pro empto*, *pro legato*, *pro donato*, *pro soluto*, *pro dote*, *pro suo*, *pro derelicto*, *pro adjudicato*: his tamen titulum etiam *pro permutato*, & *pro transacto*, recte doctores adjiciunt. At vero nollem, quibusdam se commendasse quoque titulos *pro herede*, ac *possessore*. Nam possessio quidem suopte ingenio jus est momentaneum, neque ex nudo possessionis titulo jus ad rem ullum oritur. Siquidem possessione statim amissa jus omne possessoris extinguitur, ni-

si

si aliunde justus possessionis titulus proferatur. Hinc si tertius rem possideat, ex cujus possessione dejecti fuerimus, non cum ipso possessore, verum cum dejectore nos interdicto experiri oportere monet Paulus *in l. 7. ff. de vi, & vi arm.* Heres vero non novo hereditatis titulo res hereditarias possidere incipit, sed in titulum ipsius defuncti succedit. Si quarum igitur rerum dominium ad heredem pertinet, id non ex titulo manat hereditatis, sed ex titulo, quo defunctus possedisse dicetur *l. ult. C. pro her.*

XIII. Quod ad dominii acquirendi modos, ii vel ex Gentium jure manant, vel ex jure civili. De modis acquirendi civilibus commodius alibi: hic de modis acquirendi jure Gentium proditis sermonem instituemus. Ii autem recte dividuntur a Grotio *de jur. bell. & pac.* 2. 3. 1. in *originarios*, & *derivativos*. *Originarii* sunt, quibus rei nondum a quopiam acquisitæ dominium primi nanciscimur: *derivativi* sunt, quibus dominium jam quæsitum domini voluntate transfertur in alterum. Rursus ex Pufendorfio *de jur. Nat. & Gent.* 4. 6. *originarius* acquirendi modus vel *simpliciter talis* est, eoque ipsius rei dominium primum acquirimus; vel *originarius secundum quid*, eoque incremento aliquo rei jam nostræ potimur. Igitur *simpliciter originarius* acquirendi modus est occupatio; *secundum quid talis* accessio; traditio denique modus erit acquirendi *derivativus*.

XIV. Inter originarios acquirendi modos solam occupationem hodie referri oportere scribit Grotius *de jur. bell. & pac.* 2. 3. 1. licet, antequam coirent in Civitates homines, ultro fateatur, originariam acquisitionem *per divisionem*

nem etiam fieri potuisse. Verum ego non video, cur Civitatibus etiam institutis per divisionem *originarie* acquiri nequeat. Ut enim præteream, quod prodit memoriæ Tacitus, a Germanis universis per vicos agros occupari solitos, eosque inter se mox pro dignatione partitos *de morib. Germ.* 26. nil sane hodienum impedit, quominus per divisionem acquisitio fiat, si plures rem nullius invaserint potiundi causa, eaque inter ipsos mox dividatur. Vide Hertium *ad Pufendorf. de jur. Natur. & Gent.* 4. 6. 2. Utcumque id erit, profecto occupatio, si non solus, certe celeberrimus est originarius acquirendi modus. Porro per occupationem ea tantum acquirimus, quæ in *negativa*, quam vocant, communione manserunt. Proinde tantum ad ἀδέσποτα, seu res nullius, extendi poterit, ea scilicet, quæ nondum a quopiam sint occupata, quæve semel occupata pro derelictis a domino fuerint habita. Quæcumque ita sint affecta, seu mobiles, seu res soli fuerint, statim occupanti cedent; ita tamen, ut si jure præcipuo a privatis occupatio fiat, rerum occupatarum statim ipsi privati dominium nanciscantur; sin a populo *per universitatem*, quod ajunt, quid occupetur, dominium ipsa Respublica adipiscatur: quo quidem casu res occupatæ a summa potestate legem accipient, & *per fundos*, si ita placuerit, mox dividentur. Quæcumque autem occupatio fuerit, sine occupandi animo, & ipsa corporali apprehensione constare nequit. Cum enim justus occupationis titulus sit ipsa communio, & jus omnium in res nullius, si occupatio sola voluntate consisteret, præsto statim essent sexcenti alii, qui rem occupatam se præoccupasse conten-

de-

derent. Quapropter juris Gentium simplicitati convenit, ut res quidem mobiles occupentur manibus, aut certe instrumentis; res vero soli saltem pedibus contingantur. Sat absurde igitur apud Plutarchum *quæst. Græc.* 30. Andrius ille contendebat, Acanthum urbem se popularibus suis occupasse videri, quod emissum a se jaculum portæ urbis infixum esset.

XV. Jam vero occupatio plurifariam fieri potest: species ejus sunt *venatio*, *occupatio bellica*, & *inventio*: venationis vero vocabulo *aucupium* etiam, & *piscatio* continetur.

XVI. Principio igitur cum animalia, quæ Cælo, terra, marique libere vagantur, in primæva communione sint, eadem capientium fieri Jurisconsulti recte pronunciarunt *l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.* Bestiarum tamen non unum est genus: aliæ sunt enim *feræ*, quæ scilicet in naturali libertate versantur, necdum a quopiam sunt occupatæ: aliæ *cicuratæ*, quæ jam captæ scilicet, ac præter ipsarum naturam subjectæ dominio mansuefactæ videntur; aliæ *cicures*, seu mansuetæ, quia sub domino natæ. Igitur bestiarum hic feritas non ex ferocia, sed ex libertate, vel dominio æstimatur. Cujusmodi quæque sint, ex consuetudine potius, quam ex prolixis Triboniani definitionibus dijudicandum existimo. Cum igitur bestiæ cicures, & mansuefactæ etiam, quousque custodia continentur, ad alios præcipuo jure pertineant, feras tantum per venationem Jurisconsulti acquiri posse censuerunt *d. l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.* Proinde cum in piscina pisces, & in vivario feræ a vivarii, vel piscinæ domino possideri jam viderentur, jure occupationis eas nemi-

mini concesserunt *l.* 3. §. 4. *ff. de acquir. poss.* Si id impedimento non esset, nihil interesse putarunt sive in proprio, sive in alieno prædio venator feras cepisse diceretur. Hinc, laqueo in alieno fundo posito, si eo aper ita irretitus esset, ut se colluctando expedire non posset, venatorem licet absentem pro apri domino habendum existimarunt, eumque actione in factum ipsum agri dominum, si solvisset aprum, recte pulsare statuerunt *l.* 55. *ff. de acquir. rer. dom.* Tantum injuriarum adversus venatorem fundi dominum recte acturum existimarunt, qui, prohibente domino, alienum fundum ingressus esset *l.* 13. *ff. de injur.*

XVII. At vero ferarum occupationem ex regulis supra propositis dimetiendam existimarunt, easque non vulneratione, sed ipsa apprehensione venatoribus acquiri statuerunt Jurisconsulti, ut contra Trebatii sententiam pluribus placuisse scribit Cajus *in l.* 5. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.* Proinde amore potius, quam jure, a Meleagro Atalantam admissam dixeris in partem gloriæ a se occisi apri Caledonii apud Ovid. *metamorph.* 8. *vers.* 427. Sed apud nos, ceterasque fere, quæ regnantur, Gentes, a principiis Romani juris tantum non omnino descitum. Sane in Regno Neapolitano seu ex Friderici I. constitutione 2. *feud.* 56. seu ex vetustissima præscriptione, piscatio, venatioque ad Principis regalia pertinet; proinde sine codicillis Regiis nemini venari licet. Neque vero id injurium videri debet. Licet enim ex jure Naturæ libera sit cuique venatio, est tamen ex jure *permissivo*, quod vocant, cui addere, vel detrahere Majestatis jure Princeps non prohibetur, at-

que

que ipsum etiam dominium naturaliter acquirendum antevertere vi principatus Grot. *de jur. bell. & pac.* 2.2.5. & Pufendorf. *de jur. Natur. & Gent.* 4. 6. 3. *& sequ.* Verum idem juris baroni non erit, nisi aut illud præscriptione quæsierit, aut venationem in feudum acceperit de Franch. *decis.* 158.

XVIII. Occupatione bellica quoque res hostium acquiruntur ex jure Gentium: ejus enim juris intuitu pro rebus nullius habentur *l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. poss.* Id tamen non inde manat, quod res hostium revera nullius videri debeant, aut hostes dominio rerum suarum excidant; sed quia furente bello, omni fœdere inter hostes abrupto, tamquam in jure primævo, liberæ invicem pateat occupationi locus. Cum enim, ut supra prævertimus, aut jus civile, aut fœdera inter Gentes inita nobis dominium tueantur, nulla cum injuria hostes res hostium occupabunt, quos neque jus Civitatis, neque fœdus ullum ab alieno manus abstinere jubet. Quin jure Gentium non tantum rebus hostium belli tempore recte potimur, sed & ea, quæ a nobis hostibus sunt erepta, a veteribus dominis vindicari nequeunt, si ante hostes ea possederint, bello tamen amiserint. Eo sane jure a Romanis retentam Syriam Appianus tradit *in bell. Mithridatic.* nec Antiocho Pio redditam, ei pridem a Tigrane Romanorum hoste præreptam.

XIX. At illud disceptatum video, cuinam cedant res bello captæ, ipsisne militibus, an vero Reipublicæ, cujus auspiciis bellum geritur. Ea quidem in re, ne prolixas aliorum ambages exscribam, controversiam dirimere cum Grotio pla-

cet *de jur. bell. & pac.* 3. *6.* 10. *& sequ.* Cum eo enim non absurde distinxeris inter publicos belli actus, qui imperatoris jussu exercentur, ac privatos, qui injussu ducis a militibus compendii sui gratia, aut virtutis ergo suscipiuntur. Ubi res hostium captæ fuerint in actu privato, eorum fiunt, qui eas privato ministerio ceperint. Sane & jure civili, si quid hostium exorto bello apud nos deprehendatur, nostrum fieri scribit Celsus *in l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.* Contra vero quæ capiuntur in actu publico, & ducis jussu suscepto, non militibus ea quidem, sed Reipublicæ sunt addicenda. Hinc cum res soli occupari non soleant, nisi in publico belli actu, agrum ex hoste captum publicandum esse scribit Pomponius *in l.* 20. *ff. de capt. & postl.*

XX. Ad occupationem etiam inventio pertinet. Per eam acquirimus, quæ vel sua natura nullius sunt, quæve dominus, abdicato sponte dominio, pro derelictis haberi voluit. Pro derelicto enim nihil habebitur, nisi dominus ita fuerit affectus, ut illud in rebus suis porro censeri nolit §. 46. *h. t.* Proinde quæ ignorantibus excidunt, inventoris haud erunt, furtique se obligabunt, qui ea dominis ultro non restituerint §. *ult. eod.* Quin ne εὕρετρον quidem recte poterit ab inventore peti, licet possit honeste accipi *l.*43. §.9.*ff. de furt.* Quapropter licet nulla spes affulgeat amissa reciperandi, donec vel solo desiderio rem persequimur, pro derelicta non erit. Hinc & oves lupo ereptæ nostræ pergunt esse *l.* 8. §. *ult. ff. fam. ercisc.* & merces levandæ navis, vel naufragii vitandi causa ejectæ pro derelictis haud erunt, si usquam inveniantur *l.*8. *ff. ad leg. Rhod.* Quod ad

ad reliquias naufragii tamen, lege Rhodia Romæ receptissima olim eas ad fiscum pertinuisse recte conjicere videtur Salmasius *de mod. usur.* 5. eoque jure a publicanis Cycladas habitantibus Eudæmonis bona direpta fuisse crediderim *l.* ἀξίωσις. *ff. eod.* Verum crudelissimum fortasse visum Antonino Principi humanissimo, ultra naufragium sævire quempiam, eorumque spoliis ditescere Principem, quibus pepercisset iratum mare. Proinde mox idem Antoninus, non Constantinus, ut ibidem videtur evicisse Salmasius, de luctuosis naufragorum reliquiis compendium fiscum sectari vetuit *l.* 1. *C. de naufr.* Fridericus II. Antonini æmulus, cum in Occidente rursus invaluisset, ut naves, & bona naufragorum ad litus ejecta fisco certo post tempore addicerentur (eam certe consuetudinem in Regno Neapolitano receptam, si intra triduum dominus non supervenisset, testatur glossographus ad *constitut. rapinas. de surrip. aliqu. de naufrag.*) Fridericus inquam pientissimus Imperator eum morem aboleri jussit primum in toto Occidente *constit. de statut. & consuet. contr. libert. Eccles.* dein in Regno Neapolitano quoque, extrema fati necessitate eis indicta, qui bona naufragorum invaderent. Damnatorum vero bona non fisco quidem, sed heredibus deferri cavit; verum heredes ipsos in quadruplum teneri jussit *d. constit. rapinas. de surrip. aliqu. de naufr.* Apud nos igitur res quidem naufragorum ad fiscum pertinent, si dominus omnino non superveniat *constit. dohanæ. de offic. secret.* At vero res inventas locorum bajulis deferri jussit Guilelmus I. nisi furti inventor obstringi vellet. Eas intra annum nisi vindicasset dominus, fisco generatim addici voluit

 con-

conſtit. pecuniam. de pecun. invent. in reb. alien.

XXI. Theſaurus etiam jure Gentium inventori cedit. Theſaurus vero eſt latens pecunia, cujus dominus ignoratur. Proinde ſi quis pecuniam cuſtodiæ cauſa ſub terra condiderit, qui eam amoverit, ut ſervus apud Plautum *in aulular.* Euclionis olla ſubrepta, furti obligatur *l.* 31. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.* Jam vero ſub ſenioribus Principibus theſaurus olim ſine diſcrimine totus pertinebat ad fiſcum, ut oſtendit Jacobus Gothofredus ad *l.* 1. *C. Theodoſ. de theſaur.* Verum Hadrianus theſaurorum inventores fortunæ munere omnino defraudari noluit, edictoque cavit, ut, ſi quis in ſuo theſaurum inveniſſet, eum totum ſibi haberet; ſi in alieno, eum cum ſoli domino partiretur; ſi in loco publico, locisve religioſis repertus eſſe diceretur, dimidium inventori, dimidium fiſco juſſit addici. Quod ſi malis artibus inventus eſſet, a fiſco totum vindicari voluit Spartian. *in vit. Hadr.* 18. Facile definieris igitur, quo jure theſaurum acquiri voluerit Hadrianus, neque antinomiam expaveris inter §. 39. *h. t.* & *l.* 31. *ff. de acquir. rer. dom.* Ejus enim dimidio fundi dominus acceſſionis jure potitur: occupationis jure dimidium alterum inventori cedit. Jus utrumque concurrit, ſi in ſuo dominus amico Hercule theſaurum inveniat: ei igitur occupationis, & acceſſionis jure totus adjudicabitur.

XXII. Jam vero per conſtitutionem Friderici I. 2. *feud.* 56. ab Hadriani edicto deſcitum in Occidente non fuit. Ibi enim theſauri dimidium ad fiſcum pertinere jubetur, ſi in Cæſaris, aut religioſo loco theſaurus repertus eſſe dicatur. Proinde poſt ipſum Fridericum Ænobarbum in Regno Neapolitano

idem

idem iuris obtinuit. Guilelmus I. tandem res omnes inventas, ac thesauros ipsos sine loci discrimine ad fiscum pertinere voluit *constit. pecunia. de pecun. invent. & constit. dohanæ. de off. secr.* Rursus tamen Carolus II. Hadriani edictum servari jussit *cap. quia non decet. de thesaur.* Verum ea lex in Regno non diu stetit. Ex vetustissima enim præscriptione thesauros apud nos fiscus hodie sibi vindicat. Occasionem fortasse præscriptioni dedit Constantini constitutio *in l. 1. C. Theod. de thesaur.* Ibi enim cautum, ut thesauri dimidium inventori cederet, si is rem fisco deferret. Cum igitur inventores contra Constantini mentem toti thesauro inhiarent, nec in partem fiscum admitterent, suamet fraude toto thesauro multari cœperunt: eadem pœna ad innoxios paulatim extensa: ita tandem præscriptioni locus.

XXIII. Hactenus de acquirendi modis, quos *simpliciter originarios* appellari diximus. Unicus acquirendi modus originarius *secundum quid* est accessio, eaque rei jam nostræ incrementum acquirimus. Rei vero jam nostræ incrementum oritur vel naturæ beneficio, vel arte & industria nostra, vel adjumento naturæ simul & artis. Hinc accessionis apud doctores orta divisio in *naturalem*, *industrialem*, & *mistam*. Ad naturalem accessionem retulere Jurisconsulti *fœturam*, *insulam* in flumine natam, & *alluvionem*, seu latens incrementum illud, quod munere fluviorum prædio nostro paulatim accedit. Ad accessionem industrialem pertinet *adjunctio*, *specificatio*, *commistio:* ad mistam denique *plantatio*, *satio*, *fructuumque perceptio*. De singulis pro instituto videndum.

XXIV. Quod igitur ad naturalem acceſſionem, cum principio Stoicorum aſcito Juriſconſulti pronunciaſſent, partem potius viſcerum maternorum, quam animal fœtum eſſe *l.* 1. §. 1. *de ventr. inſpic.* jure naturalis acceſſionis domino matris addixere partum *l. 6. ff. de acquir. rer. dom.* Rurſus cum ex principiis Romani juris fluminis alveus quod ad uſum quidem publicus eſſet, ejuſdem vero proprietas ad eos pertinere videretur, qui prope ripas haberent agros Vinn. ad §. 4. *de rer. diviſ.* inſulas etiam in flumine natas eorum eſſe cenſuere Juriſconſulti, qui prædia contermina flumini poſſiderent; modo ne inſulæ ad alterutram ripam accederent. Id enim ſi fieret, eas illis adjudicandas exiſtimarunt, ad quorum agros divergere viderentur §. 22. *h. t.* Cum tamen apud nos hodie ob Friderici Ænobarbi conſtitutionem *feud.* 2.56. flumina *navigabilia*, & ex quibus *navigabilia* fiunt, regalibus accenſeantur, haud abſurde ſtatuas, eam Jurisprudentiam in Regno admittendam haud eſſe. Denique quod per alluvionem beneficio fluminum agro noſtro paulatim accreſcit, noſtrum eſſe Juriſconſulti putarunt. Alias ſi ejuſmodi incrementum reſtituendum fuiſſet, neutiquam dignoſci poſſe videbatur, quatenus vicinis abraſum, & cui reſtituendum foret §. 20. *h. t.* Secus de avulſione tamen edixere Juriſconſulti, qua fluminis impetu pars alieni agri noſtro palam adjicitur. Agrum enim avulſum a domino vindicari poſſe crediderunt, modo cum alieno agro nondum coaluiſſet §. 21. *h. t.* & *l.* 5. §. 3. *ff. de rei vind.*

XXV. Jam vero non omnibus promiſcue agris jus erat alluvionis: nam pro agrorum diverſitate alias ipſis poſſeſſoribus, alias ipſi Reipublicæ cede-

debat alluvionis emolumentum. Scilicet quoad intelligi poteſt ex auctoribus *de limitib. & finium regundor.* agri vel *limitati* erant, vel *arcifinii:* his quidam jus erat alluvionis, neutiquam vero illis. Porro limitati dicebantur agri non ſolum, quod certo modo definirentur, ut perperam pleriſque viſum, ſed & quia per eos jus eundi promiſcuum eſſet. Hinc vias, ſeu limites quoquoverſus habebant, *decumanos maximos* ſcilicet, *cardines maximos*, *actuarios*, *ſubruncivos*. Quoniam igitur his limitibus agri circumſcribebantur, jus eis alluvionis eſſe non poterat *l.16.ff. de acquir. rer.dom.* Iidem limites cum publici cenſerentur, in flumine eis contermino natas inſulas non contermini poſſeſſoris, ſed primo occupantium eſſe recte ſtatuit Ulpianus *in l. 1. §. 6. ff. de flum.* Conf. Cujacium *obſerv. 2. 9.* Ager arcifinius ita dictus ex Varrone apud Julium Frontinum *in libr. de limit. agr.* ab arcendis hoſtibus. Hi enim agri, ubi capti forent ex hoſtibus, veteranis dividebantur, ut & hoſtibus arcendis, & ſubigendis agris, confectis ſtipendiis, utiles ſe præberent. Hos quidem agros nullo certo modo definitos tradit Frontinus, ſed foſſis, montibus, fluminibus, aquarumque divergiis circumſcriptos: eis igitur jus erat alluvionis, ne ex veteranorum damno Reſpublica compendium ſectari videretur. Eoſdem ego agros *limitaneos* dictos exiſtimem: hi enim & in limitibus hoſtium erant, & a veteranis tantum poſſideri poterant *l. 1. C. Theod. de terr. limit.* Iidem & *occupatorii* dicebantur, quod prout agri modum occupaſſet miles, ſeptiſve incluſiſſet certa ſpatia, ea jure præcipuo ſibi haberet *l. 1. C. Theod. de rei vind.* Ab his agris haud abſimiles, quos *adſumptus*,

C 4 aut

aut *apprisiones* dixit sequior ætas, eorumque frequentissima mentio apud medii ævi scriptores. Vide Jacobum Gothofredum ad *d. l.*1. *C. Theod.* & Carolum du Fresne *in voc. apprisiones*.

XXVI. Quod ad accessionem *industrialem*, ejus species in jure produntur *adjunctio*, *specificatio*, *commistio*. Adjunctio fieri dicitur, ubi materiæ nostræ adjungitur res aliena. In hoc autem argumento ratio ipsa suasit, ut accessorium principali cederet. Quid accessorium, quidve principale sit, non ex pretio quidem, sed ex magnitudine Jurisconsulti æstimandum monent *l.*23. §. 3. *ff. de rei vind.* Proinde quicquid per inclusionem, afferruminationem, intexturam, scripturam meo accedit, tamquam rei meæ pars mihi cedet *l.* 19. §. 13. *ff. de aur. & arg. leg.* & §. 26. *h. t.* (1). Hinc & quod in aliena area inædificaretur, areæ domino addici placuit, seu nos aliena materia in nostro solo, seu alii materia nostra ædificassent in suo §. 29. *h. t.* Ne quid tamen dissimulare videar, hic Jurisconsulti distinxisse videntur universum ædificium, & singulas ejus partes; veluti tigna, cæmenta, lapides. Universum quidem ædificium, cujuscumque materia exstructum foret, areæ domino adjudicarunt; singulas vero partes adhuc post inædificationem prioris domini statuerunt esse. Hinc diruto quidem ædificio, si duplum dominus confe-

(1) Tantum ob artis dignitatem picturæ tabulam cedere voluit Imperator §. 34. *h. t.* Paulo dissentiente tamen, & ratione *in l.*23. §. 3. *ff. de rei vind.* Æquum videbatur enim, ut adjunctum potius rei cederet, sine qua illud esse non posset.

sequutus haud esset, eum materiam suam vindicare posse, aut ad exhibendum agere; censuerunt. At vero manente ædificio, res alienas ei junctas vindicari noluerunt, ne, dum contra decemvirale carmen aliena tigna restituerentur, ruinis desormaretur Urbis aspectus *l. 7. §. 10. & §. 29. h. t.* Quæ sane causa cum publica videretur, Christiano Thomasio lubenter litem addicerem *ad Huberi præl. §. 39. h. t.* existimanti, ne si vellet quidem, ædificii dominum alienam materiam ædificio suo junctam solvere potuisse, ut eam domino restitueret.

XXVII. Cum igitur quod adjunctum esset, accessionis jure alteri cederet, providentia sua Jurisconsulti cavendum existimarunt, ne cui factum alienum, aut imprudentia sua detrimentum afferret. Proinde complusculas actiones excogitarunt, queis, adjunctione facta, indemnitati cujusque consuleretur. Hinc adversus eum, qui bona quidem fide res alienas suæ adjunxisset, intexuisset, afferruminasset, actionem ad exhibendum, aut condictionem sine causa accommodarunt *§. 26. h. t. & l. 23. §. 5. ff. de rei vind.* Quod si malæ fidei possessor esset, eum actione furti, aut condictione furtiva, conveniri posse statuerunt *d. §. 26. h. t.* Quin & a malæ fidei possessore rem vindicari potuisse crediderim, non tamquam a possessore (neque enim ratio juris pati posse videbatur, ut adversus dominum institueretur vindicatio) sed tamquam ab eo, qui dolo suo malo possidere jam desiisset *argum. l. 36. ff. de rei vind.* Iisdem fere actionibus domino tabulæ consuluere contra pictorem, & scribenti adversus eum, qui chartæ dominus esse diceretur *§. 34. h. t.*

Quod

Quod si quis bona fide materia sua ædificasset in alieno solo suum existimans, siquidem in possessione foret, nisi solverentur impensæ, exceptione doli adversus areæ dominum petentem ædificium se recte tueri docuerunt *l.* 7. §. *ex diverso. ff. h. t.* eamdem exceptionem malæ fidei possessori negarunt, neque ei actionem impensarum nomine concesserunt *l.* 48. *ff. de rei vind.* At vero non possidenti, licet bona fide ædificarit in alieno, nusquam prodita in jure Civili invenitur actio. Generatim enim docuere veteres, sumptus in alieno factos, nisi retentionis jure, & doli mali exceptione opposita, servari non posse *l.* 14. *ff. de dol. mal. except.* Verum cum inter bonos bene agier oporteat, fori æquitas hodie ei, qui bona fide ædificarit in alieno, licet in possessione non sit, utilem actionem negotiorum gestorum indulget Vid.Strykium *in jur. modern. pand. libr.* 6. *t.* 1. §. 17.

XXVIII. Altera industrialis accessionis species *specificatio* dici solet, eaque fit, cum ex aliena materia nostro nomine novam speciem facimus; veluti si confletur in vas alienum aurum, aut ex aliena lana vestimenta fiant. Addubitarunt Jurisconsulti veteres, cuinam cedere oporteret novam speciem factam ex aliena materia, ipsine specificanti, an materiæ domino. Sabiniani quidem materiam forma præstantiorem existimantes materiæ domino addicebant novæ speciei dominium. Proculejani tamen sequuti in ea re Stoicos, ut vidit Merillius *observat.* 1. 21. materia formam nobiliorem pronunciantes novam speciem ei, qui fecisset, adjudicarunt *l.* 7. §. 7. *ff. de acquir. rer. dom.* Defervescente dissentiendi libidine, ercifcundorum ea sen-

sententia fuit, ut si species ad rudem materiam reverti posset, ea pertineret ad materiæ dominum; sin id fieri non posset, ad eum, qui fecisset, pertineret novæ speciei dominium *d. l. 7. §. 7. ff. eod.* eaque sententia æquitate sua Imperatori se commendavit *in §. 25. h. t.* Quod tamen hic advertendum, is locus ex Cajo *in d. l. 7.* descriptus a Triboniano fuit: verum a compilatore in eo peccatum, quod inter specificationis exempla frumenti excussionem e spicis attulerit. Id quidem & a Cajo factum; verum statim is subdit, rectius sentire, qui frumento e spicis excusso novam speciem fieri negarent, eamque detegi dicerent, quæ lateret in spicis. Ceterum cum nemini bona fides, aut factum alienum obesse debeat, si nova species ad rudem materiam reverti nequeat, *specificator* bonæ fidei actione in factum conveniri poterit a materiæ domino, ut æstimationem ejusdem præstet. Quod si species sit ejusmodi, ut ad rudem materiam redigi facile queat, qui speciem fecit, impensas exceptione doli servabit *l. 23. §. 4. ff. de rei vind.*

XXIX. Postrema accessionis industrialis species *commistio* dicitur, seu res plurium aridæ commisceantur, quæ *commistio* proprie dici solet, seu liquidæ, quæ pressius *confusio* appellatur; licet utroque vocabulo promiscue usi veteres sæpiuscule fuerint *l. 3. & 5. ff. de rei vind. & l. 7. ff. h. t.* Rerum autem quarumcumque commistio fiat, earum dominium commune statim inter plures jure accessionis erit. Commistionis enim effectus is est, ut duobus, aut pluribus alienæ rei pars invicem acquiratur, ejusdemque natura facit, ut res alteram mutuo trahat: inde totius

cor-

corporis inter plures communio, quod commiſtione coaluit. Jam vero cum mutuo dominorum conſenſu res communicari poſſint, ſi plurium voluntate rerum commiſtio fiat, quæcumque res fuerint, illico inter ipſos communes erunt *l.* 7. §. 8. *ff. h. t.* Quod ſi fortuito commiſtio fiat, aliquid intereſt inter fluida, & arida. Cum enim liquida ſeparari nequeant, eorum quidem dominium neceſſario commune fiet, niſi aut res ſeparari poſſint, aut nova ſpecies a commiſtione manarit *l.* 5. §. 1. *ff. de rei vind.* In aridis vero caſu commiſtis, cum adhuc poſt commiſtionem diſcretum maneat, quod cujuſque fuerat, ut conſtat exemplo frumenti cum alieno permiſto, res commiſtæ communes haud erunt: hoc igitur caſu, ſuo cujuſque dominio non immutato, rem quiſque ſuam vindicare poterit. Contra liquidis fortuito confuſis, communi dividundo inſtituetur actio. Quo quidem in judicio cujuſque materiæ ratio habenda erit, eoque amplius alterutri judex addicet, quanti pluris res ejus fuerit *l.* 4. *ff. de rei vind.* Cum tamen & in aridorum commiſtione ſeparari vix queat, quod cujuſque fuerit, effectus ejus actionis diverſus haud erit, quam ſi res liquidæ confuſæ forent. Proinde judex ita ſe geret, quaſi res commiſtæ communes eſſent, atque alterutrum hoc amplius ferre jubebit, ſi ejus materia pretioſior fuiſſe dicatur *d. l.* 4. *ff. de rei vind.* & §. 28. *h. t.*

XXX. Ad miſtam acceſſionem referri poſſe videtur *plantatio*, *ſatio*, *fructuumque perceptio*. Quod igitur ad plantationem, ſationemve, ſegetum, arborumve dominium ex radicibus æſtimari voluere veteres. Ubi enim ſemen, aut arbores alie-

alieno solo coaluissent, ex eoque radices alimenta jam traherent, ob aliud soli alimentum aliæ jam videbantur; hinc licet erutæ ad priorem dominum non pertinebant *l. 26. §. 2. ff. de acquir. rer. dom.* Hinc & aliena arbor in nostro prædio, & nostra in alieno consita, statim solo cedit, si, immissis eo radicibus, solo adhærescere jam videatur *l. 7. §. ult. ff. eod.* Tantum, quod de ædificante in alieno supra præcepimus, possessor bonæ fidei supervenientem dominum exceptione doli repellet, si quid in alieno bona fide conseverit, implantaritve, tamquam in suo §.32. *h. t.* Indidem & prope confinium posita arbos pro regione cujusque prædii, si in vicinum quoque fundum radices immiserit, communis vicinorum erit *d. l. 7. & 8. ff. eod.* Porro in arborum dominio ex radicibus æstimando ipsi Decemviri carmine suo præivisse videntur. Hinc si, ramis superexcurrentibus in alienum, glandes eo deciderent, tertio quoque die vicino copiam fieri voluerunt, eas ex alieno legere. Tantum si arbor vicino umbris officeret, quindecim pedes a terra ramorum luxuriem compesci jusserunt. Hanc vero legem extendit edicto Prætor ad arbores etiam, quæ urbano prædio imminerent, easque vicino succidere, ac sibi habere cavit, nisi succiderentur a domino *l. un. ff. de arb. cædend.* Ab ea vero Jurisprudentia Regni leges non desciverunt: ipsa Neapolitana consuetudo dominium arboris ex radicibus æstimasse videtur, cum ex jure Romano vicino permittat pendentes in suum ramos non solum *sublucare*, sed & totum, quod impendet, incidere. Id ni factum fuerit, ramorum superexcurrentium fructus inter dominum arboris & vi-

vicinum ſtatuit communes eſſe *conſuet. un. de gland. leg.* (1).

XXXI. Per fructuum quoque perceptionem, veluti per acceſſionem, acquiritur. Qui enim rem alienam bona fide, juſtoque titulo poſſidet, ſuos ſtatim facit fructus inde perceptos *l.* 48. *ff. de acquir. rer. dom.* At negat Ulricus Huberus *in præl. h. t.* §. 46. fructuum perceptionem inter acceſſionis ſpecies referri oportere: eam videri mavult ſingularem modum parandi dominium, & ab acceſſione diverſum; jure quidem acceſſionis ad dominum pertinere fructus ex fundo perceptos; neutiquam vero ad bonæ fidei poſſeſſorem; eum, cum fundi dominio careat, per acceſſionem fructuum dominum fieri non poſſe. Verum iſthæc tanti non ſunt, ut vadimonium deferamus. Cum enim ex Paulo *in l.* 48. *ff. eod.* quod ad fructus attinet, poſſeſſor bonæ fidei pene ſit loco domini, veluti per acceſſionem exemplo domini fructus ſuos percipiendo faciet. Neque cum Hubero regeras, ſecus edixiſſe Juſtinianum ipſum, qui non jure quidem acceſſionis, ſed *pro labore, & cura* bonæ fidei poſſeſſori fructus addicit §. 35. *h. t.* Si enim pro nuda cultura, & cura bonæ fidei poſſeſſor fructus ſibi pararet, ilicet, actum eſſet: ita enim & prædoni percepti fructus adjudicandi forent. Cultura & cura apud Juſtinianum ipſum jus colendi, curandi, non factum indigitat. Hæc igi-

(1) In conſuetudine Neapolitana Græci, & Romani ſermonis exemplo glandis appellatio complectitur fructus omnes *l.* 236. *ff. de verb. ſign.* Veteres enim, ut adnotat Scholiaſtes Ariſtophanis *in equit.* παν δενδρον δρυν εκαλεν, *omnem arborem quercum appellabant.*

igitur cultura ab Imperatore ſpeƈtata videtur, tamquam acquirendi titulus, & veluti cauſa remota parandi dominii: ipſam vero perceptionem ſpeƈtaſſe crediderim, tamquam modum, ſeu cauſam proximam acquirendi. Atqui modus hic acquirendi, ſeu perceptio, pura puta acceſſio eſt, & exemplo domini, qui per acceſſionem fruƈtus ſuos percipiendo facit, bonæ fidei poſſeſſori fruƈtus addicit. Conf. Noodt. *probab. jur.* 2. 7.

XXXII. At vero addubitari queat, qui tandem fruƈtus bonæ fidei poſſeſſori cedant. Fruƈtus plurifariam poſt Juriſconſultos diviſerunt interpretes. Summa eorum diviſio eſt in *naturales*, & *civiles*. Fruƈtus naturales vel ex ipſa re ſponte proveniunt, vel cultus, & induſtriæ adjumento percipiuntur: fruƈtus civiles nullo Naturæ miniſterio ex hominum inſtituto proficiſcuntur: ejuſmodi ſunt penſiones, uſuræ, & id genus alia. Quicumque fruƈtus ſint, in *extantes*, & *conſumptos* diſpeſci poſſunt. Fruƈtus conſumpti dicuntur, ſi vel a poſſeſſore diſtraƈti, vel in quotidianum familiæ uſum converſi fuerint. Ubi neutrum faƈtum, fruƈtus, quia nondum conſumpti, dicuntur extantes. Rurſus fruƈtus extantes *pendentes* ſunt, vel *percepti*. Pendentes erunt, ſi adhuc ſolo hæreant; percepti dicentur, ſi a ſolo ſeparati jam fuerint. His poſitis, malæ quidem fidei poſſeſſores (ejuſmodi cenſentur omnes lite jam conteſtata *l.* 22. *C. de rei vind.*) cum omni in re jure deſtituantur, ſupervenienti domino fruƈtus omnes reſtituere debent ſeu extantes, ſeu conſumptos §. 35. *h. t.* Quin & non perceptos incuria ſua reſtituere debent, modo potuerint honeſte percipi. Neque enim negligentia poſſeſ-

ſo-

foris domino nocere debet, quominus consequatur, quod in re sua ipse potuisset honeste percipere *l.* 33. *ff. de rei vind.* Contra in bonæ fidei possessore interesse placuit inter fructus extantes, & consumptos. Et extantes quidem supervenienti domino restitui debent omnes. Nam licet eos bonæ fidei possessor suos percipiendo fecerit, eorum tamen dominium tantum revocabile sibi paravit. Proinde Paulus *in l.* 48. *princ. ff. de acquir. rer. dom.* non perpetuo quidem, sed *interim* tantum fructus suos eum facere scribit; si enim extent, eos supervenienti domino restituere compelli potest. Contra consumptorum nomine, licet inde factus sit locupletior, non tenetur. Primo enim leges omnes bonæ fidei possessorem fructuum consumptorum nomine sine discrimine teneri negant: deinde fructus consumptos eumdem lucrari scribit diserte Paulus *in l.* 4. §. 2. *ff. fin. reg.* Quod utique falsum esset, si locupletior factus eos restituere compelli posset. Neque dicas, in hereditatis petitione de consumptis fructibus teneri bonæ fidei possessorem, saltem quatenus factus sit locupletior *l.* 28. *ff. de hered. pet.* Nam in petitione quidem hereditatis secus, atque in rei vindicatione, contingit; hic enim pecunia in locum rei succedit. Sed ut isthæc ex jure Romano vera videantur, ab ipsis tamen fori æquitatem divortium fecisse comperio. Vulgatior enim pragmaticorum sententia, & in foro recepta est, bonæ fidei possessorem ipsos fructus consumptos restituere oportere, quatenus factus sit locupletior. Id æquum & Grotio visum *de jur. bell. & pac.* 2.10.4. neque alias tam aperte patuit, glossatores licet ineptissimos ju-

juris interpretes optimi juris conditores esse. Vide Menoch. *de recup. poss. remed.* 15. Ursill. *ad decis. de Affl.* 240. de Marin. *resol.* 2. 104. *n.* 7. Stryk. *us. mod. pand.* 6. 1.

XXXIII. Hactenus de originariis acquirendi modis commentati sumus: porro de derivativis agendum, quibus & jure Gentium dominium rite constitutum transfertur in alios; ejusmodi apud doctores est sola traditio. Cum tamen ipse Imperator §. 40. *h. t.* edicat, nihil convenientius æquitati naturali videri, quam ratam haberi domini voluntatem rem suam in alterum transferri volentis, vereor ego quidem, ne traditio, quæ vulgo post Tribonianum jure Gentium instituta traditur, potius juris civilis inventum videri debeat. Juris enim Gentium simplicitati magis convenire putaverim, sola voluntate per externa signa patefacta dominium transferri posse. Nam ut ad dominium transferendum traditio quoque requiratur, ex mero jure Civili videtur esse; eam vulgo post Imperatorem juri Gentium acceptam retulerunt interpretes, quia apud omnes plerasque Gentes traditionem usurpatam cernerent Grot. *de jur. bell. & pac.* 2. 6. & Pufendorf. *de jur. Nat. & Gent.* 4. 9. 5. Quæ si vera fuerint, inter modos acquirendi civiles traditio referri debuisset. Verum & intercedit Majestas Imperatoria, ne eam loco moveamus, & aliunde cum nuda traditio sine mancipatione dominium Quiritarium non transferret olim, eo saltem nomine inter acquirendi modos originarios, ac Gentium jure proditos, recte videbatur exhiberi posse.

XXXIV. Jam vero traditio Theophilo est

paraphr. §. 40. *h. t.* ἡ ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις φυσικὴν πρᾶξιν ἔχουσα. *de manu in manum translatio naturalem actionem continens*. Verum ea definitione ego quidem haud utor, non quia res soli non complectatur (quidni enim, ut advertit ibidem Reitz. res soli pro traditis haberi possint?) sed quia parum ex jure habet, nec, qua lege traditio fieri debeat, satis inculcat. Proinde commodius definietur *modus acquirendi derivativus, quo res corporalis in alium justo titulo transfertur ab eo, cui jus, & animus alienandi fuerit*. Inde enim primo intelligetur, res tantùm corporales traditionem recipere. Res enim incorporales vera traditione transferri nequeunt: locum in eis traditionis habet ex parte accipientis usus, & exercitium *l.* 1. §. *ult. ff. de servit. rust. præd.* ex parte tradentis patientia, qua quis alium uti servitute patitur. Indidem, puto, liquet, rem transferri traditione non posse, nisi & tradenti jus alienandi sit, & ex justa causa, veluti emptione, donatione, permutatione tradat. Nam si traditio ab eo fiat, qui careat alienandi jure, dominium transferre non potest, ac tantum bonæ fidei possessorem facit accipientem *l.* 109. *ff. de verb. sign.* Denique ex eadem definitione constat, ipsam traditionem ab eo factam, cui jus alienandi sit, dominium transferre non posse, nisi dominii transferendi animo fiat. Proinde ad præsens argumentum haud pertinent traditiones depositi, pignoris, aut commodati causa factæ, cum in eis animus alienandi desit. Sed & illud in traditione venditionis causa singulare est, quod res transferendi dominii causa emptori tradita ei non acquiratur, nisi aut pretium solutum,

tum, aut alio modo satisfactum venditori fuerit §. 41. *h. t.* & *l.* 19. *ff. de contrab. empt.* Id inde factum existimarim, quia mercis dominium venditor nolle videtur amittere, nisi quoquo modo ei de pretio caveatur.

XXXV. Porro traditio non unius est generis: dispesci enim generatim potest in *propriam*, *fictam*, & *symbolicam*. Propria naturalis est rei de manu in manum translatio, quatenus ipsius natura patitur. Proinde siquidem res facile moveri queat, cita de manu in manum translatione traditio fiet; sin minus, exhibitione præsenti *l.* 1. §. 21. *de acquir. poss.* Quod si res soli sit, traditio perficietur per inductionem in prædium, pedibus in quamlibet ejus partem illatis *l.* 3. §. 1. *ff. h. t.* Ficta traditio dicitur, cum rei possessio jam existentis apud alium ex nova causa in eumdem translata fingitur. Ita quidem si res commodatæ, locatæ vendantur eas alieno nomine possidentibus, in ipsos dominium statim ab emptione ficta traditione transfertur. Id enim si factum fuerit, res ad priores dominos reversæ finguntur, ac rursus venditionis causa emptori traditæ *brevi manu*, ut loquitur Ulpianus *in l.* 43. §. 1. *de jur. dot.* Ita contra rem veluti *longa manu* videri traditam Jabolenus ait, ubi tradita e longinquo fuerit *l.* 79. *de solut.* Hinc & vicinum fundum mercato mihi si venditor e turre demonstret, vacuamque ejus possessionem dicat se mihi tradere, non minus possidere videbor, quam si pedem finibus intulissem *l.* 18. §. 2. *ff. de acquir. poss.* Apposite Xenocrates apud Plutarchum περι πολυπραγμοσ. μηδεν διαφερειν, η τυς ποδας, η τυς οφθαλμυς εις αλλοτριαν οικειαν τιθεναι. *nihil interesse, utrum oculos, an pedes in*

alienam domum inferas. Symbolica denique traditio erit, ubi, re quidem haud tradita, aliquid intercedit, quod ex communi hominum instituto traditionem indigitat. Ita vina tradita videntur, ubi claves cellæ vinariæ traditæ emptori fuerint *l.* 1. §. 21. *ff. de acquir. poss.* & traditas videri trabes Paulus ait, quas signarit emptor *l.* 14. *de peric. rei vend.* Huc quoque pertinet, quod rescripserunt Severus & Antoninus *in l.* 1. *C. de donat.* emptionum mancipiorum instrumentis donatis, ac traditis, ipsorum mancipiorum donationem, ac traditionem factam videri.

XXXVI. Jam vero cuicuimodi traditio sit, dominium statim in accipientem transfert, modo ab eo facta dicatur, cui jus, & animus alienandi fuerit. Verum illud ambigi video, num ad dominium transferendum traditio qualisqualis sufficiat, an & vacua rei possessio requiratur. Tota disceptatio eo redit, utrum, si exempli gratia fundum tibi vendidero ab alio bona fide possessum, eumque, absente possessore, tibi tradidero, utrum, inquam, quia vacua rei possessio tibi non traditur, cum ab alio detineatur animo, nihilominus tibi quæsitus fundus intelligatur. Recentiores quidem plerique omnes non aliter nostras traditione res fieri statuunt, quam vacua possessione tradita, & ita quidem libera, ut res a quopiam non possideatur: quam sane sententiam sat operose tuetur Vinnius ad §. 40. *h. t.* licet aliud ei sederit *partit.* 1. 20. Contra post veteres Glossatores *comment.* 4. 19. Donello visum, ad dominium transferendum sufficere, qualiquali traditione rem tradi, licet ab absente aliquo possessio ejus retineatur animo. Si mihi in ea re quidpiam mu-

mutire liceret, Donello litem addicerem. Cum enim non alia ex caufa jure Civitatis fit inventa traditio, quam ut certius voluntatis argumentum effet rem fuam in alterum transferri volentis, re rite tradita, de voluntate alienandi jam liquet, neque, cur nihil fit juris, abfens poffeffione, quam animo vorat, impedire poteft, quominus de re fua dominus libere ftatuat. Neque enim hic de poffeffione, fed de dominio quæritur, quod & in jure confiftit, & a poffeffione impediri non debet: ea enim & facti eft, & cum dominio commune nil habet *l.* 12. §. 1. *ff. de acquir. poff.* Quod fi Jurifconfulti vocentur in partes, præfto tibi erit Triphonini refponfum *in l.16. ff. de fund. dot.* Sic enim ibi. *Si fundum, quem Titius poffidebat bona fide, longi temporis poffeffione poterat fibi quærere, mulier ut fuum marito dedit in dotem, eumque PETERE neglexit vir, cum id facere poffet, rem periculi fui fecit.* Qui enim fundum vir petere potuiffet, ac vindicatione agere, nifi ejus dominium nactus per traditionem effet, licet ab abfente tertio poffideretur? Exceptiones omnes locus hic perimit: proinde defino plura: neque enim in eam fententiam abuti velim *l.* 10. §. 2. *ff. de condict. furt.* quam quidem dolo malo urget Huberus contra Vinnium *in præl.* §. 53. *h. t.* Neque enim de malæ fidei poffeffore ei cum Vinnio conteftata lis erat, quam ibi fpeciem Jurifconfultus edifferebat.

TITULUS II.

De rebus corporalibus, & incorporalibus.

PErperam sibi persuasere complures, tertiam rerum divisionem æque summam cum duabus supra propositis Tribonianum hic exequi. Res enim ipsa sat arguit, rerum tantummodo privatarum subdivisionem eum hic sistere, ut viam sibi muniat ad servitutes, & alia, quæ in jure consistunt, enucleanda. Cum enim ex Cajo doceat *in l.* 1. §. 1. *ff. de divis. rer.* quasdam res *corporales*, quasdam *incorporales* esse, res tantum privatorum divisionis ambitu complecti voluit, ceterarum rerum, communium, publicarum, nullius, oblitus. Hæc si advertisset Giphanius, numquam ei, puto, excidisset, hanc rerum divisionem ex Physicis hausisse Jurisconsultos, eorumque exemplo res in corporales, & incorporales partitos esse. Quasi vero de rebus incorporalibus acturi Jurisconsulti de animorum immortalitate, aut natura dæmonum sermonem instituerint, ac non potius ea quæsierint, quæ in jure consisterent. Veri magis speciem habet, quando omnia accepta aliis referre Jurisconsulti debent, eos hanc rerum subdivisionem mutuatos a Stoicis esse. Ii enim ceterorum fere omnium Philosophorum exemplo res omnes in corporales, & incorporales partiebantur. Sane memoriæ prodit Sextus Empiricus 7. *advers. Mathem.* ita edixisse Stoicos; των οντων τα μεν ειναι σωματα, τα δε ασωματα. *res alias corporales, alias incorporales esse*. Sed lubet ipsi Senecæ, utpote Στωϊκοτατῳ, testimonium de-

denunciare *epist.* 58. ubi & ipse, *quæ sunt, corporalia, aut incorporalia*, scribit, *esse; nil tertium*. Neque vero dicas, de rebus corporalibus, & incorporalibus aliter sensisse Stoicos, aliter Jurisconsultos. Ut enim corpora illi dixerunt, quæ cerni, tangive possent, incorporalia vero, quæ tangi, aut cerni nequirent, sed mente tantum intelligerentur Cicer. *topicor.* 5. Apulejus 1. *de Philosoph.* ita Jurisconsulti quoque, quæ tangi possent, res corporales appellitarunt, quæ mente tantum intelligerentur, incorporales dixerunt Cajus *inst.* 2.1.2. Eas autem *in jure consistere* docuerunt, quia ab ipso jure suam veluti notionem viderentur accipere. Siquidem jus Civile rerum incorporalium naturam pro arbitrio format, ac circumscribit; qua quidem potestate in res corporales haud utitur, cum potius ab ipsa Natura, quam a jure Civitatis notionem suam accipiant. Ex quibus intelliges, cur scripserit de usufructu Paulus, eum neque in bonis, neque extra bona videri esse *in l.*1. *ff. de us. & usufr. leg.* Cum enim res incorporalis sit ususfructus, Paulo non erat quidem in bonis, quia tangi non poterat; idem tamen aliunde in bonis erat, quia & mente intelligebatur, & utilitatem præstabat. Vide Noodt. *prob.* 2. 3. &, quem more suo illaudatum reliquit, Ulric. Huber. *digress.* 4. 3.

II. Cum igitur res corporales sint, quæ tangi possunt, ejusmodi sane erunt prædium, homo, vestis, aurum, argentum non rude tantum, sed signatum etiam §. *un. h. t.* Hinc nummi, ut ceteræ species, & corporum aliorum exemplo recte vindicantur *l.* 14. *ff. de reb. cred.* Ne quid

usquam tamen scrupulum injiciat, dissimulare nolim, ad res incorporales pecuniam aliquando retulisse Jurisconsultos: hinc eam a nobis per errorem solutam non vindicari quidem, sed condici oportere statuunt *l.* 19. §. 2. *ff. de condict. indeb.* Ne quam inde tamen antinomiam expaveas. Pecunia enim aut spectari potest, tamquam quæ & loco circumscribitur, & cerni, tangive potest, eaque ratione corporalis est; aut tamquam quantitas publicam æstimationem habens, atque ita quidem spectata res erit incorporalis. Quin & eadem diversa ratio generatim spectari potest in rebus omnibus, quæ fungibiles appellantur, ac numero, pondere, mensura constant. Ea enim licet corpus habeant, spectatæ tamen ut quantitas, & ut reddendæ quidem in genere, non in specie, aliquando corporibus opponuntur *l.* 30. *de leg.* 1. Ex dictis intelligis, cur scribat Papinianus *in l.* 94. §. 1. *ff. de solut.* nummis communibus creditis, aut solutis, actionem & liberationem nasci, sive in nummis communionem pro indiviso quis spectet, sive *quantitatem*.

III. Ceterum res corporales *mobiles* sunt, vel *immobiles*. Proinde sicubi res mobiles, & immobiles legatæ dicantur, res incorporales, seu jura, & actiones legato non continentur. Neque vero cum Hotomano hic credas, nullam in foro hodie hujus discriminis rationem habendam esse. Primo enim & jus Civile a rebus mobilibus, & immobilibus actiones, & jura distinguit *l.* 7. §. 4. *ff. de pecul.* ubi res mobiles, & soli a nominibus differre scribit Ulpianus. Deinde hodierna etiam fori praxis in quamplurimis ea distinctione utitur. Hinc recte, & ex jure Romano pronunciavit Sandius

44

44. *defin.6.* ne reditus quidem annuos fub legato mobilium, & immobilium contineri, quia jura funt potius, & rebus incorporalibus accenfendi. Ceterum, ubi generatim de mobilibus, & immobilibus locorum ftatuta cavent, jura etiam, & actiones inde legem accipere exiftimarim, cum recta juris interpretatio fuadeat, res omnes fine difcrimine legislatorem intelligere voluiffe. Hic enim, fi ufquam, conjecturis eft indulgendum. Hinc quia, obligatis mobilibus, & immobilibus, ex tabellionum more generalis hypotheca videtur inita, jura etiam, & actiones hypothecæ fubjecta cenfentur. Vide Pinell. 1. *de bon. matern.* 29.

IV. Rebus incorporalibus accenfent Jurifconfulti hereditatem, ufumfructum, ufum, & generatim non folum jura omnia, fed obligationes etiam quoquo modo contractas, *quatenus*, ut fcribit hic Imperator, *ipfum jus hereditatis*, *& ipfum jus obligationis* fpectatur. Aliunde enim res hereditariæ, fructus, & res ex obligatione præftandæ plerumque funt corpora. Verum enimvero quid inter obligationes, & res inde debitas, quid ufumfructum inter, & fructus inde perceptos interfit, facile per fe quifque definiet; non defunt tamen, qui intelligi poffe negant rerum hereditariarum, & ipfius hereditatis difcrimen: id totum igitur inter argutas Jurifconfultorum ineptias cum Seneca referendum exiftimant *de benef. 6.* 5. Ab his parum re ipfa videtur abeffe Vinnius. Siquidem hereditatem definit *ipfum defuncti patrimonium cum oneribus ad* §. *unic. h.t. n.*4. Si enim hereditas *defuncti patrimonium* definiatur, ego profecto non video, qui tandem rebus incorporalibus accen-

cen-

cenſeri poſſit, præſertim ſi nulla jura in hereditate reperiantur. Eo accedit, quod bonorum poſſeſſio, quæ effectu juris ab hereditate non differt, a defuncti patrimonio aperte diſtinguitur *in l.* 3. §. 2. *ff. de bon. poſſeſſ.* & nullo quoque cum corpore effectum juris hereditas habere dicitur *l.*50. *ff. de her. pet.* Quapropter ut a rebus præſtandis obligatio, ita & a rebus hereditariis differe debet hereditas. Ea igitur jus potius generatim eſto, quo univerſum defuncti patrimonium perſequi poteſt heres. Univerſitatem hanc juris & docuere Juriſconſulti, & haud abſurdum effingi. Quod ex Seneca contra profertur, non ab ipſo Seneca, ſed ex alterius perſona dicitur, ut pridem advertit Marcus Lyclama *membran.* 3, *eclog.* 10. Hinc recte, & ex jure Romano a Theophilo definitur hereditas *in paraphr. h. t.* §. 1. *δικαιον τι νῳ καταλαμβανομενον, ὁ ποιει με της ἑτερυ περιυσιας αθροον γενεσθαι δεσποτην. jus aliquod, quod mente concipitur, facitque, ut alieni patrimonii univerſalis ſim dominus.*

T I T U L U S III.

De ſervitutibus ruſticorum, & urbanorum prædiorum.

SUbdiviſionem rerum in corporales, & incorporales in proxima rubrica conſulto præoccupaſſe videtur Imperator, ut ſervitutes ſeu hominum, ſeu prædiorum, atque alia, quæ in jure conſiſtere credidere veteres, ſuperioribus apte coaſſaret. Servitus autem hic accipitur ſententia longe alia, atque ubi de ſervis agitur. Hic enim ſer-

servire dicitur non homo homini, sed prædium seu prædio, seu personæ. Prædium servire videtur, si quid juris non domino, aut alteri prædio seu pacto, seu lege Civitatis præstare cogitur. Proinde *servitutes* Jurisconsulti dixere ratione prædii servientis; eas enim prædii dominantis intuitu, ejusve, cui debentur, rectius *jura* dixeris. Porro servitutes non unius sunt generis: aliæ enim *personarum* sunt, aliæ *rerum*, seu aliæ *personales*, aliæ *prædiales*, quas vulgo *reales* appellitant. In his prædium prædio; in illis prædium personæ servit. Rursus prædiales servitutes *rusticæ* sunt, vel *urbanæ*. Rusticæ quidem erunt, si debeantur prædio rustico; urbanæ, si debeantur urbano. Cujusmodi quæque sit servitus, ex prædio dominante definiendum. Quale sit quodque prædium non ex loco quidem, sed ex usu potius æstimabitur. Hinc & ruri prætorium voluptati deserviens urbanum erit; & in urbe horti olitorii, vel vinearii, & si qui alii in reditu esse solent, rustici habebuntur *l.* 198. *ff. de verb. sign.* Nos sub Imperatoris auspiciis hoc quidem titulo de prædialibus, insequenti de personalibus servitutibus sermonem instituemus.

II. Principio quæcumque sit servitus, ex Pomponio *in l.* 15. *ff. de servit.* generatim definiri poterit *jus in aliena re constitutum, quo ob alterius commodum prædii servientis dominus aliquid in suo aut pati, aut non facere cogitur.* Verum definitio isthæc, licet ex medio jure desumpta, vitio quidem artis universas servitutum proprietates haud exhibet; eique malo fortasse compilatores occurrere voluisse crediderim sub rubrica pandectarum *commun. præd. tam urban. quam rust.*

ruſt. Juvabit igitur acervatim hic ſiſtere, quæ communia ſervitutum prædialium exiſtimari debeant, ne in ipſis dignoſcendis uſquam peccetur, atque ibi ſervitutem ſibi quis fingat, ubi perſonalis tantum eſt obligatio.

III. Primum omnium, cum, auctore Ulpiano *in l.* 1. *comm. præd.* ſervitus ideo prædiorum dicatur, quoniam ſine prædiis conſtitui nequit, ſervitus prædialis duo prædia deſiderat dominans quidem alterum, alterum vero ſerviens. Hoc plus; eadem aut eſſe vicina debent, aut ita tandem abeſſe, ut opportunitas utendi ſervitute non adimatur *l.* 31. *ff. de ſervit. præd. ruſt.* Hinc ſervitutem ædibus imponi non poſſe cenſuere veteres, niſi alter alteri ædificando poſſet officere *l.*38. *ff.de ſervit. præd.urb.* Scilicet ipſa prædialium ſervitutum natura ſuadere videbatur, ut utilitate prædii finirentur; quod ultra eſſet, ſi alteri quidem incommodaret, prædio tamen alterius utilitatem haud afferret, fruſtra videbatur actum *l.*15. *ff. de ſervit.* Hinc apud ſeveriorem populum olim, ac deliciis non indulgentem, ſolius amœnitatis gratia ſervitutem prædiis imponi non potuiſſe crediderim, ſi inde nulla ad prædia reditura eſſet utilitas. Verum & ejuſmodi ſervitutes luxus novi juris repertor callidiſſimus ratas haberi juſſit, non propalam quidem veterum legum contemta reverentia, ſed eo, putarim, obtentu, quaſi ſervitus in ipſius prædii emolumentum ceſſura foret, quæ amœnitate quæſita pretioſius illud efficeret, eoque pertinere crediderim poſtrema Pomponii verba *in l.* 19. *ff. de ſervit.* Ex dictis ſat, puto, liquet, cur ſcribat Juriſconſultus *l.* 8. *ff. de ſervit.* ſervitutem imponi non poſſe, ut *pomum*

mum decerpere, spatiari, cœnare in alieno liceat. Ejusmodi sponsiones enim & prædiorum utilitatem non complectuntur, & eorum causam meliorem haud faciunt. Eo igitur jure constituto, non servitus prædialis quidem, sed obligatio, aut certe servitus personalis tantum constituta videbitur.

IV. Commune est etiam servitutibus prædiorum, ut causam perpetuam habeant *l.* 28. *ff. de servit.* Causam in servitutibus Jurisconsulti vocant, cujus habendi, vel arcendi causa servitus constituta fuerit. Ita quidem in stillicidio, & aquæductu causa servitutis est aqua, illic ut a nostris ædibus avertatur, hic ut ejus apud nos copia fiat *l. un.* §.4. *ff. de font.* Rursus Philosophorum exemplo *perpetuum* Jurisconsulti dicunt, quod oritur ex naturali causa, aut ex facto nostro pro lubitu, licet non contingat assidue *l.*28. *ff. de servit. præd. urb.* Proinde ut ex jugi quidem fonte ducatur aqua, servitus rite constituetur; servitus non erit tamen aquæductus ex stagno, vel lacu promissus, si eo aqua cogatur ex imbribus *d. l.* 28. *ff. eod.* Licet enim aqua e Cælo depluens causa perpetua sit in stillicidio, in constituendo tamen aquæductu potius spectari videtur ipse locus aquam sponte sufficiens, quam imbres eo confluentes. Contra ut ex taberna casearia fumus immitti possit in superiora ædificia, servitutem rite quis stipulabitur: nec enim hic deest causa perpetua. Nam pro lubitu tabernæ dominus ad casei saporem adjuvandum in superiora ædificia fumum potest immittere *l.* 8. §. 5. *ff. si servit. vindic.* conf. Cujac. *observat.* 11. 3. & Ulricum Huberum ad *tit. ff. commun. præd.* §. 6. & 7.

V.

V. Rursus cum servitutes in jure consistant, & incorporales sint, individuæ existimari debent non prædiales tantum, sed ceteræ quoque omnes *l. 72. princ. ff. de verb. oblig.* Solum usumfructum dividuitatem recipere placuit, quia scilicet in fruendo, non in utendo consisteret. Nam frui quidem pro parte possumus; at si partiaris usum, naturam ejus cito corrumpes *l. 5. ff. de usufr.* Vide Cujac. ad *libr.7. quæst. Papin. tom.4. p.138.* Hinc facile rationem reddideris, cur pro parte servitutes acquiri, aut legari nequeant, aut unus ex dominis in re communi servitutem acquirere, aut imponere prohibeatur *l. 2. ff. de servit.* At in ea re tamen inter retinendam, & constituendam servitutem interest. Servitus enim pro parte quidem ab initio constitui nequit; potest ex parte retineri tamen, si fundus, cui servitus erat, inter plures dividatur *l.30. §.1.ff. de servit. præd. urban.* Cum enim toti fundo, & singulis quibusque partibus quæsitum jus fuerit, particulatim fundo divendito, partes omnes servitute utentur. Ita etiam, ubi pro diviso plurium communis est fundus, nihil impedimento erit, quominus singulis partibus servitus acquiratur, aut imponatur, quia fundi potius, quam partes videri debent *l.6. §. 1. ff. commun. præd.* Alias in communi fundo servitus imponi nequit, nisi omnes cesserint, & novissima cessione tandem superiores confirmabuntur *l. 11. ff. de servit. præd. rust.* donec id fiat, servitus in suspenso erit. Hinc cum defunctorum actus exemplo viventium suspendi nequeant, si duo diverso tempore mortui servitutem legarint, conjunctione per mortem prorsus abrupta, frustra servitus legata videbitur, nisi

nisi eodem tempore eorum hereditates adeantur *l.* 18. *ff. comm. præd.*

VI. Denique & servitutum omnium commune est, ut aut *in patiendo*, aut *in non faciendo* consistant *l.* 15. *ff. de servit.* Proinde si quis ab altero stipuletur, ut viridaria tollat, in suo quid pingat, aliove quo modo sibi prospectum amœniorem faciat, non servitus quidem, sed personalis obligatio constituta videbitur. Neque vero negotium tibi facessat *l.* 33. *ff. de servit.* ubi Paulus receptum scribit, in servitute oneris ferendi prædii servientis dominum columnam, aut parietem oneri ferundo reficere oportere. Id enim non ex hujus servitutis singulari natura manavit, sed ex ipso pacto, quod in ea constituenda interponi solebat: nam in lege ædium scriptum erat, *paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit*. Hinc Ulpianus *in l. 6. §. 2. si servit. vind.* actionem nobis adversus vicinum competere scribit, ut *ædificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus esset*. Quin adeo certi juris videbatur, non posse servitutes in faciendo consistere, ut magni nominis Jurisconsulti negarent, ratum esse oportere pactum, quo quis ultro promisisset, parietem se refecturum. Ita sane sentiebat Aquilius Gallus, quia contra servitutis ingenium videri poterat, *ut quis facere cogeretur*. Vix tandem, ut memoriæ prodit Ulpianus *in d. l. 6. §. 2. ff. eod.* evaluit ex Servii Sententia, ut ejusmodi pactum in lege ædium apponi posset. Id ideo receptum existimarim, quia servitutes omnes perpetuæ esse deberent. Id ut aliarum exemplo & in servitute oneris ferendi fieret, obtinuit pacto caveri posse, ut, qui eam servitutem debe-

ret,

ret, in se reciperet columnæ refectionem, ne quando servitus elusoria foret.

VII. Porro servitutes constituuntur vel domini voluntate, stipulationibus scilicet, legatisve; aut jussu judicis communi dividundo, & familiæ erciscundæ judicio; aut lege denique, usucapione scilicet, seu præscriptione potius, & longa possessione decem quidem annorum inter præsentes, viginti inter absentes. Veteri quidem Romanorum jure, cum in duodecim tabulis de servitutum usucapione nihil occurreret, cumque eædem, tamquam incorporales, ne possideri quidem posse viderentur, usucapi servitutes haud poterant. Verum cum ipse servitutis usus pro possessione a Prudentibus haberetur, eorum interpretatione servitutum quasi usucapio paulatim increbuit. At inde tamen colonorum, & inquilinorum incuria dominis damnosa fiebat: proinde lege Scribonia sub Augusto fortasse cautum, ut libertas quidem servitutum usucapi posset, ipsas vero servitutes jus non esset usuçapi *l.4.§.29. ff. de usurp. & usucap.* Verum legem vicere mores, & ipse Prætor, qui utilem actionem ei dedit edicto, qui diuturno quidem usu, & longa quasi possessione, decennio scilicet inter præsentes, vicennio inter absentes non vi, non clam, non precario servitute usus esse diceretur *l. 10. princ. ff. si servit. vind.* Ex quibus sat, puto, liquet, hodienum præscribi quidem, non usucapi tamen servitutes posse. Neque regeras, parum interesse jure novissimo, præscribine, an usucapi servitutes dicantur, cum usucapio, & præscriptio longi temporis æquata a Justiniano fuerit *l. un. C. de usucap. transform.* Primo enim exæquatio isthæc non rerum quidem corporalium & in-

& incorporalium, sed rerum mancipi, & nec mancipi discrimen sustulit. Deinde in servitutum præscriptione, sicut in usucapione alias, justus titulus, & bona fides non requiruntur. Sane in servitutum longa possessione aliud non desiderat Ulpianus, quam ut neque vi, neque clam, neque precario servitute quis usus fuerit *d. l.* 10. *ff. si servit. vind.* In eo nusquam a Justiniano descitum. Quod vero rescribit Antoninus *in l.* 2. *C. de servit.* exemplo rerum immobilium præscribi servitutes posse, id quidem non ad titulum, & bonam fidem, sed ad tempus pertinet, intra quod exemplo immobilium servitutum præscriptionem coerceri jussit.

VIII. Atque his fere modis servitutes constituuntur; porro videndum, quomodo amittantur. Modi autem servitutum amittendarum haud incommode revocari posse videntur ad *confusionem*, *remissionem*, *rei interitum*, *finitum jus concedentis*, ac *negligentiam* denique. Primo igitur cum servitus jus sit in aliena re constitutum, ubi idem utriusque prædii dominus esse cœperit, confunditur cum dominio servitus, cumque res sua nemini servire queat, juris necessitate servitus perimetur *l.* 1. *ff. quemadm. servit. amitt.* Deinde cum sui juris quisque sit arbiter, si dominus prædii dominantis jus prædio suo debitum vicino remiserit, statim servitus extinguetur *l.* 14. §. 1. *ff. de servit.* Præterea cum servitutes sint jura prædiorum, eisque sublatis superesse nequeant, per interitum alterutrius prædii necessario extinguuntur *l.* 24. §. 1. *quemadm. servit. amitt.* Rursus cum nemo plus juris, quam sibi sit, in alterum transferre queat, constituentis jure quoquo modo perem-

 pto,

pto, & ipsa perempta servitus intelligetur *l.* 11. §. 1. *ff. eod.* Per ipsam denique negligentiam servitus amittetur, ubi quis præsens quidem decennio, absens vero vicennio ea usus haud fuerit *l. ult. C. de servit.* Verum si servitus ita constituta dicatur, ut tantum alternis annis, aut mensibus exerceretur, nonnisi duplicato tempore amitti potest *l.* 7. *ff. quemadm. servit. amitt.* Ceterum quod ad servitutes per negligentiam amittendas, interest urbanas inter, & rusticas. Nam rusticæ quidem servitutes non utendo sine discrimine amittuntur; verum, ut amittantur urbanæ, ad non usum libertatis etiam usucapio debet accedere. Prædii libertas usucapta videbitur, si quid exerceatur servituti contrarium; veluti si qui servitutem tigni immittendi debebat, tigni foramen obturarit, ac justo tempore occlusum habuerit *l.* 6. *ff. de servit. urb. præd.* Totius discriminis rationem inde repetierim, quod rusticæ servitutes in ipso exercitio eundi, agendi, vehundi, aquam ducendi consistunt: quapropter manifesto negligens per non usum jure quæsito excidet, nec quidquam eum tueri potest, qui, cum posset, servitute usus haud fuerit. At urbanæ servitutes in nuda servi prædii patientia consistunt; hinc, si dominus contra servitutis formam nil moliatur, patientia semper adesse videbitur Struv. *exercit.* 13. 58. Verum si servitutis ea natura sit, ut & rustico, & urbano prædio æque deberi possit, veluti iter, actus, sine discrimine non utendo perimitur. Id inde factum existimarim, quia ejusmodi servitutes fortasse olim solis prædiis rusticis deberi poterant, ac rusticæ tantum erant.

IX. Inter rusticarum servitutum species a Tribo-

boniano *princ. h. t.* recensentur iter, actus, via, aquæductus. Ejusmodi tamen in pandectis plures occurrunt, veluti aquagium, pecoris ad aquam appulsus, aquæ haustus, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, cretæ eximendæ. Sed complusculæ adhuc effingi possent pro diverso rerum rusticarum ingenio. Nolim hic ego sistere, quæ ad fastidium usque de diversis servitutum rusticarum speciebus doctores aggerunt: tantum de itinere, actu, via pauca decerpam. *Iter est jus eundi, ambulandi hominis; actus est jus agendi jumentum, vel vehiculum; via est jus eundi, agendi, ambulandi princ. h. t.* Sed concinnius fortasse legetur *homini*, auctore Ulpiano *in l.*1. *ff. de servit. rust. præd.* quem excripsisse videtur Imperator. Utcumque id erit, hæ servitutes potissimum latitudine differunt. Viæ latitudo, nisi secus placuisset, ex decemvirali carmine in porrectum quidem octo pedes patere debebat, sedecim in amfractu, ubi scilicet flectendum erat *l.* 8. *ff. eod.* Latitudo actus nusquam in jure definita: igitur aut demonstranda a contrahentibus erat, aut ab arbitro statuenda *l.* 13. §. 2. *ff. eod.* Sed & auctor Varro est *de lingu. Lat.* 4. latitudinem actus minimam quatuor fuisse pedes, cui consonant & Grammatici veteres. Proinde haud absurde statuas, iter duos patuisse pedes. Ut enim actus viæ dimidium, ita & iter dimidium actus fortasse complectebatur.

X. Si vera sunt isthæc, in mendo manifestario cubat allatus Triboniani locus: ibi enim actus describitur via latior. Nam, actu constituto, agi, & vehi posse dicitur; viæ vero jus eundi, agendi, ambulandi tantum inesse. Id, opinor,

Connanum movit, ut in viæ definitione pro *eundi vehundi* legeret, præeunte vestigio libri veteris, ut ipse narrat *comm.* 4. 11. 1. At ne ita quidem omnino scrupulus eximetur. Quid enim tandem, *vehundi* ascito, viæ præcipuum præ actu erit? Nam si, qui viam habet, & agere potest, & vehere, non minus juris erit actum habenti, qui & agere potest, & vehiculum vehere. Hæc, puto, eumdem Connanum perpulerunt, ut diceret, inter actum, & viam nil interesse. Id tamen admitti nequit, cum non tantum hic Imperator, sed veteres etiam inter utrumque discrimen agnoscant. Aliunde Gordium hunc nodum videtur expediisse Bynkershoekius *obs.* 4. 7. Is enim per vehiculum actum habenti concessum *veham minorem* intelligit, seu currum, qui manu truditur, quem proinde *trusatilem* vocant. Ita quidem constabunt omnia. Nam qui actum habet, poterit armentum agere, poterit & vehiculo manuali uti, quo propellendo minuscula latitudo sat erit. Contra qui viam habet, poterit curru jungere equos, aut boves*, & generatim omnigena vectione uti.

XI. Urbanorum quoque prædiorum & permultæ memorantur in jure servitutes, & pro amœniori, aut commodiori habitatione plures adhuc excogitari possent. Primo ipsarum quædam ædificandi in alieno, vel liberius in nostro quoque præstant arbitrium. Eo pertinent servitutes *oneris ferendi, tigni immittendi, projiciendi, protegendi, altius tollendi* denique. Oneris ferendi servitute quæsita, vicinus nostrarum ædium onus ferre cogitur. Ab ea haud multum absimilis tigni immittendi servitus: ea enim constituta vicinus pati debet, ut ti-

tignum nostræ domus requiescat in suo. Ab utraque diversa projiciendi, & protegendi servitus. Per illam enim tignum nostrum in alienum aerem promittere possumus suggrundæ, vel mœniani causa, licet nusquam requiescat in alieno; per hanc parietis nostri protegendi, vel umbræ captandæ gratia, protectum nobis habere licebit super alieno solo. Altius tollendi servitute constituta, vicinus prohibere non poterit, quominus ædes nostras extollamus altius, quam statuta sinant. Ea igitur ut intelligatur, ponendum est, in Civitate ultra certam altitudinem, invito vicino, ædificia tolli non posse. Rursus servitutes quædam eo pertinent, ut aquæ pluvialis incommodum arceatur a nostro, eoque spectat servitus *stillicidii*, vel *fluminis recipiendi*, vel *non recipiendi*. In stillicidio aqua guttatim casitat; in flumine collecta per canales uno veluti agmine ruit. Stillicidii igitur, vel fluminis recipiendi servitute quæsita, vicinus nostrarum ædium stillicidium, aut flumen in suum recipere cogitur: non recipiendi servitute constituta, prohibetur vicinus flumen, aut stillicidium in ædes vicinas avertere. Hoc ipsum ut intelligamus, statuamus, oportet, jus in Urbe fuisse, ut vicini flumen, ac stillicidium vicinus recipere cogeretur. Quædam denique servitutes ad lumen ædium, earumve prospectum amœniorem pertinent. Ejusmodi sunt servitutes *luminum*, & *ne luminibus officiatur*; *prospectui*, & *ne prospectui officiatur*, eaque, quæ *altius non tollendi* dicitur. De iis late doctores, quorum scriniis expilandis in re nullius pretii prolixior esse nolim.

AD TITULUM III.

Excursus I.

De singulari servitutum ingenio ex jure consuetudinum Neap.

QUæ ex jure Romano de prædiorum servitutibus disseruimus hactenus, hodiedum vigent in Regni Provinciis; verumtamen jure Neapolitano non scripto in hac principe Regni Urbe, ejusque terminis præter juris Civilis regulas permulta invaluerunt. Ea igitur, cum apud Neapolitanos cives in usu sint celeberrimo, ac sæpissime disceptentur in foro, in gratiam juventutis, quam brevissime fieri poterit, juvabit hic sistere. Primum omnium satis constat, jure quidem Romano neminem compelli posse, prædium suum servituti subjicere. Favore tantum religionis rescripto suo Antoninus sepulchro, quo via non esset, a vicino vel invito iter præstari voluit. Si secus fieret, aditus Prætor, aut Præses, ad sepulchrum iter, qua opportunius videretur, justo pretio concedi jubebat *l.* 12. *princ. ff. de relig.* Id ipsum tamen favore tantum religionis indulgeri placuit. Proinde perperam ad fundos omnes, ad quos iter haud sit, pragmatici id juris generatim extendunt. Ceterum jure non scripto Neapolitano ob agriculturæ favorem invaluit, ut rusticum prædium habens via, actu, itinere destitutum, pretio soluto, possit a vicino petere, sibi concedi viam, actum, aut iter. Si plures vicini sint, viam per fundum ejus concedi placuit, qui

pro-

propius absit a via publica, aut qua vehiculum agi possit *consuet.* 1. *de servit.*

II. Rursus jure quidem Romano in nostro quidvis moliri possumus etiam cum vicinorum incommodo, quatenus nihil immittamus in alienum, ut ex Aristonis sententia Ulpianus diserte scribit *in l.* 8. §. 5. *si servit. vind.* Hinc si murum meum vicini area statim excipiat, in eoque fenestram extruxero, vicinus novum mihi opus nunciare non poterit, si a me leges de ædificiorum forma serventur. Publica vero ædificiorum forma ex decemvirali carmine inter vicinas ædes duorum pedum cum semisse spatium præscribebat Cujac. *observat.* 1. 4. Quod si quis prope locum vicini purum inædificasset, eodem fortasse decemvirali jure duos tantum pedes relinquere jubebatur *l. ult. ff. fin. reg.* nisi dicere malis, nullum in ea re discrimen fecisse decemviros; semipedem vero *in d.l. ult.* siluisse Cajum, quia potius Solonis legem, quam decemvirale, in ædificando spatium edisserendum susceperat. Atque hæc quidem de privata ædificiorum forma apud Jurisconsultos invenio: verum eadem privata ædificia quindecim pedes a publicis abesse voluere Principes *l.* 9. *C. de ædif. privat.* Sed & a privatorum domibus decem pedum intercapedinem relinqui jusserunt Honorius, & Theodosius *in l.*11. *C. eod.* Verum curiosissime omnium ea de re cavit Zeno *l.* 12. *C. eod.* Is enim duodecim pedes inter privata ædificia intermedios relinqui jussit, si, qui ædificium recens exstrueret, in suum vellet fenestras immittere seu παρακυπτικας (*prospectivas*), seu φωταγωγυς (*luciferas*). Quod si quis vetus reficeret ædificium, prospectivas aperiri noluit, nisi

 ejus-

ejusmodi fenestræ in veteri quoque ædificio fuissent, aut decem pedes a vicino distarent. Sin ad decem pedum intercapedinem vetus ædificii forma non pertingeret, in eoque fenestræ non adfuissent, in eo reficiendo luciferas tantum sine pseudopato exædificari permisit *d. l.*12. §. 2. & 3. *C. eod.*

III. Ceterum, quod ab initio dixi, jure pandectarum licet in murum nostrum fenestram immittere, quamvis eum vicini area statim excipiat. Cujacius quidem *obs.*1.13. servitute luminum non constituta, negat, in prædicta specie fenestras aperiri potuisse; verum nil solidi ex jure profert, quo ejus sententia firmari queat. Quod enim ex Constantino Harmenopulo scribit, aperto pariete cœco, jus non esse, fenestras in alienum immittere, id, ne ipso quidem dissimulante Cujacio, desumpsit Harmenopulus ex *l.* 40. *ff. de servit. præd. urb.* Atqui ibi Paulus non de pariete proprio, sed de intergerino, seu communi loquitur. Igitur ex contrario, ut ajunt, argumento desumpto, si paries communis haud sit, in eo licebit vicino fenestras extruere. Quod autem scribit idem Paulus *in d. l.*4. *ff. eod. luminum servitute constituta, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat*, non eo pertinet, quasi in nostro fenestras sine servitute extruere nequeamus, sed eo potius, ne exædificando vicinus nostrarum ædium lumen intercipiat. Nam, servitute luminum non constituta, contra prædium nostrum vicinus ædificando fenestris a nobis apertis facile posset officere.

IV. Ex dictis hactenus sat, puto, liquet, a jure quidem pandectarum omnino recessisse Neapolitanos mores *in consuet. si quis habet. de servit.*

eos-

eosdem vero proxime abesse a constitutione Zenonis *in l.* 12. *C. de ædif. privat.* Prædicta enim consuetudine placuisse scribitur, ut, si in pariete nostro fenestræ sint seu prospectivæ, seu luciferæ (has barbaro vocabulo *dossitias* consuetudo vocat, quia fortasse in dorso parietis exstructas) & contra nostras fenestras vicinus ædificare velit, is duodecim *cannæ palmos* loci puri relinquat. Itidem si quis contra purum vicini locum ædificet, & in parietem suum fenestras velit immittere seu prospectivas, seu luciferas, idem spatium intermedium relinquere jubetur: alias murum tantum cœcum secundum vicini aream ædificare poterit *consuet.* 1. *de apert. non fac.* Ob vicinorum utilitatem igitur consuetudo in solo suo ædificandi pro lubitu libertatem adimit: nam sine consensu vicini intra duodecim palmos lumina in propriam aream immitti vetat. Verum enimvero consuetudo isthæc *aperturarum* vocabulo fenestras tantum indigitasse videtur. Proinde si quis mœniana velit extruere, si contra publica quidem ædificia, quindecim; sin contra privata, decem pedes puros, & liberi aeris inter mœniana ex adverso se spectantia relinquere debet *l.* 12. §. 5. *C. de æd. privat.* Sed Zenonis ea de re constitutio aut nunquam a nostris recepta, aut certe per mores subacta fuit. Cum vero prædictæ Neapolitanæ consuetudines a jure Codicis parum absint, mirum videri non debet, si non solum in hac principe Regni Urbe, ejusque territorio, sed & in omnibus fere Regni Provinciis observentur, ut rerum periti testantur. Eo accedebat, quod & ad arcenda incendia, & liberiorem platearum, & aeris usum opportunissimæ videri poterant. Confer Jacob.

cob. Gothofred. ad *l.* 39. *C. Theod. de ædif. publ.*

V. Porro jure civili, pretio licet oblato, nemo invitus pati cogebatur olim, ut vicini ædificium in suo requiesceret. Murus igitur, qui legitimum inter ædificia spatium sequebatur, ejus perpetuo manebat, qui eum in area sua ædificasset, nec alterius ædificio fulciendo, servitute non constituta, servire debebat. Communis quidem paries sexcenties occurrit in jure; id fiebat tamen, non quia necessitate juris accepto pretio paries cum vicino communicatus esset, sed aut quia ultro a domino acceptum pretium a vicino foret, aut quia communi sumptu in communi area extructus esset *l.* 52. §. 13. *ff. pro soc.* Verum enimvero jure Neapolitano non scripto placuit, ut vicino recens ædificanti servitute non constituta, in cœcum vicini parietem tigna, aliudve ædificii sui onus, immittendi jus esset, modo vicino solverit dimidium pretii, quanti scilicet æstimatus fuerit paries vicini cœcus *consuet. & si ex latere. de servit.* Licet autem consuetudo 4. *eod.* quadrantem pretii dumtaxat solvi vicino jubeat, si tegularum capita tantum in ejus parietem immissa fuerint, fori æquitas tamen hodie eam explosit. Siquidem quocumque modo utatur alieno pariete vicinus, sine discrimine pretii dimidium præstare cogitur. Æquum id visum, quia quoquo modo pariete utaris, totus in usu erit, & eadem inde commoditas. Ceterum ubi accepto pretio paries communicatus fuerit, novum ædificium sustinebit non jure quidem servitutis (neque enim res sua cuiquam servire potest) sed ob dominium jam quæsitum. Proinde si reficiendus sit paries, communi sum-

ſumptu reficiendus erit. Vide Napod. ad *conſuet.* 3. *de ſervit. n.* 22. Quod ſi in muro vicini luciferæ ſint tantum, recens ædificanti licebit in eum eadem lege ædificium ſuum immittere; verum ſi tectum tegulitium requieſcat in vicini pariete, inter tectum, & vicini feneſtram palmi ſpatium intermedium relinqui debet. Id intercapedinis ſatis viſum, quia per tegulas vix quiſquam in alienas ædes penetrare ſe poteſt. Sin ædificium ſit ſine tegulis, & ſubdiali pavimento contectum, inter pavimentum requieſcens in communi pariete, & luciferam ipſam octo palmorum ſpatium intereſſe debet *d. conſuet.* 3. *de ſervit.* Alias ubi ſolutum fuerit a vicino pretium, novum ædificium pro lubitu extolli poterit, quatenus communis paries oneri ferundo fuerit.

VI. Rurſus ne cum vicini incommodo in urbe ædificia fierent, apud Neapolitanos invaluit, ut recens ex latere ædificium cum alieno quidem conjungi poſſet, abeſſe tamen oporteret a vicini feneſtris palmos duos, & alterius beſſem *conſuet.* 3. *de ſerv.* At vero conſuetudo iſthæc, quæ novum ædificium a vicini feneſtris eatenus abeſſe jubet, de ea ſpecie videtur intelligenda, in qua novum ædificium vicini latus feneſtras habens interſecat, & cum eo angulum facit. Nam ſi in eamdem lineam recta pergat novum ædificium, neque angulum cum veteri faciat, & in eodem proſpectu feneſtræ a vicino fiant, obtinebit conſuetudo, quæ in volumine conſuetudinum quidem haud occurrit, ſervatur in foro tamen. Per eam ſcilicet uterque vicinus a muro intermedio feneſtras arcere debet palmos duos & beſſem. Proinde ſi murus intermedius

duo-

duorum palmorum ponatur esse, inter utramque fenestram palmorum septem cum triente spatium interesse debet. Vide de Ros. ad *d. consuet.* 3. *eod. n.* 15. *& sequent.*

VII. Quod ad consuetudinem *si aliquis de apert. non faciend.* ea nec omnino a jure Romano recedit, nec per omnia ei servit. Ea scilicet duo potissimum complectitur. Primum enim de cœco pariete cavet, qui tamen protectum, aut subdiale pavimentum habeat, unde sit flumen, aut stillicidium in alienam aream. Ea sane in specie consuetudo jubet, vicinum, in cujus aream flumen, aut stillicidium ex alieno pariete casitet, posse quidem cum ejusmodi pariete recens suum ædificium conjungere, ubi tamen ad protectum, aut subdiale pavimentum ædificium perductum fuerit, inde abesse oportere palmum saltem unum, ut liber sit fluminis, aut stillicidii exitus. Atque id quidem juri communi non adversatur, sed potius illud explicat. Siquidem & Paulus diserte scribit *in l.* 20. §. *6. de servit. præd. urb.* ædificium perduci posse usque ad stillicidii locum, & ultra etiam, modo *stillicidium recte recipiatur.* In ea re igitur cum jure Romano consuetudo consonat: tantum ea ultra progreditur. Nam aperte definit, quantum spatii relinqui a vicino debeat in commodum vicinarum ædium, si ad stillicidii locum ædificio suo pervenerit. Verum enimvero quod consuetudo subdit, ulterius etiam vicinum ædificare posse, at in subdiali pavimento murum palmorum octo extruere debere, ne alieno solario molestiam creet, id quidem prorsus aberrat a jure civili, quo ad vicini commoditatem nemo

quid

quid in suo facere cogitur. Vide, quæ supra disserui *libr.* 2. *tit.* 3. §. 6.

VIII. Jam vero mirum videri queat in Neapolitanis consuetudinibus in maritima urbe receptis de prospectu maris nihil occurrere. Quo minus mirari subit, si & in Urbe Roma a mari longiuscule dissita de eo nil cautum fuerit olim. Imperium translato Bizantium, cum novæ Romæ amœnitati augendæ Bizantini Principes intentiores essent, præter alia Zeno cavit *l.* 12. §. 4. *C. de ædif. privat.* ne cui ædificando in mare prospectum adimi jus esset, nisi inter vetus & recens ædificium puræ areæ pedes centum intermedii relinquerentur: intra centum pedes ædificari permisit, si culinis, scalis, aliisve locis obscurioribus maris prospectus adimeretur. Porro Zeno constitutionem suam Constantinopoli tantum obtinere voluit; eam tamen Justinianus ad Provincias omnes extendi jussit *l.* 13. *C. eod.* cumque Zenonis constitutio scripta foret tantum adversus eos, qui contra vicinos ædificando directum maris prospectum eis auferrent, idem juris esse voluit Imperator, si obliquus maris prospectus interciperetur *novell.* 165. Verum enimvero qui intra centum pedes ædificando prospectum maris vicinis adempturi forent, in fraudem legis ultra centum pedes murum altissimum extruebant, atque ita prospectu maris vicinis ablato, mox intra centum pedes ædificabant, ac, perfecto ædificio, murum dejiciebant. Ita quidem vicinis incommodabant, atque cum legis fraude prospectum maris ipsi retinebant. At Justinianus impune legibus illudi noluit, eosque, qui tale quid molirentur, dejecto ædificio, decem libras auri arcæ theatrali in-

inferre juſſit *novell.* 63. De Zenonianæ conſtitutionis in ejuſmodi argumento apud nos vigore vix certi quidpiam aſſeverare auſim : ea tamen in re hodie Sacrum Concilium eo temperamento uti generatim ſolet, ut ſi vicino omnino adimatur maris proſpectus, ædificari vetet ; ſin ex alio domus ſolario proſpectus in mare vicino ſuperſit, ædificare permittat. Conf. Car. Ant. de Roſa *in Civil. decret. prax.* 13. 48.

IX. Juri communi prorſus adverſatur *pragm.* 2. *de mon.* Ea enim ſubdiale pavimentum, & feneſtras domorum occludi jubet, ſi in gynæcea, ac monaſteria virginum Deo ſacratarum inde oculi immitti queant. Ejuſmodi ſervitutem privatorum domibus pragmatica imponi voluit, ne mulieribus Deo devotis quoquo modo a vicinis moleſtia crearetur. Quod ſi inter privatas ædes, & monaſterium via publica eſſet intermedia, pragmatica idem juris eſſe juſſit. Id tamen cautum exiſtimarim, iniquiori ratione temporum, & rerum adjunctis ita flagitantibus. Proinde ſi ejuſmodi controverſia dirimenda ſit hodie, judex religione ſua decernet, ipſine privati feneſtras, & pavimenta ſubdialia occludere debeant, an moniales potius altius extollere parietes oporteat, ne vicinis ſit aſpectus in monaſteria. Eo minus igitur, ſi recens monaſterium extruatur, ad feneſtras claudendas vicini compelli poſſunt: ipſæ moniales potius ita ædificium extruere debent, ut nullam a vicinis moleſtiam patiantur. Aliunde æquum haud foret, ſupervenientes in viciniam moniales intercipere aliena jura, & libertatem ædificiorum a privatis diu quæſitam. Nolim autem uti Roviti, ac pragmaticorum fere omnium ſenten-

tentia existimantium, ad monasteria monachorum etiam pragmaticam produci oportere: horum enim diversa est ratio, & vitæ liberius institutum. Nam moniales quidem intra septa perpetuo coercentur; contra monachi interdiu extra cœnobia plerumque versantur.

X. Denique, ut alia ferme omnia, jure Romano præscribuntur & servitutes; licet in ejusmodi præscriptione bona fides, & justus titulus non requiratur. Servitutes enim rite præscripsisse videberis, si nec vi, nec clam, nec precario eis justo tempore usus fueris *l.* 10. *ff. si servit. vind.* Verum jure Neapolitano non scripto fieri quandoque potest, ut ejusmodi præscriptionis nulla ratio habeatur. Primo enim præscriptionem ei prodesse non placuit, qui in vicinam domum collapsam (eam *casalenum* consuetudo vocat) fenestras, aut onus immittit *consuet.* 3. *de apert. non fac.* Id æquitas, puto, suasit, ne quoquo modo deterior conditio fieret ædium, quibus collapsis, plerumque negligentius agunt domini. At vero id intelligi velim, si ante ruinas ædium præscriptio inchoata non fuerit. Si enim, ea jam inchoata, corruerint ædes, præscriptio rite procedet *arg. l.*16. *ff. de fund. dot.* Deinde eodem jure Neapolitano non scripto, si in divisionis tabulis placuisse dicatur, ut fratribus, aliisve consortibus servitus debeatur in re divisa, aut contra, ne debeatur, contra divisionis tabulas ne longissimi quidem temporis præscriptio proderit. Proinde fratres, aliive consortes, eorumue heredes ac successores etiam singulares, ne longissimi quidem præscriptione temporis adversus pacta in divisione conventa servitutem acquirere poterunt, aut

aut amittere *consuet. 7. de apert. non fac.* Hinc generatim edicitur *in consuet.* 8. *eod.* si diserte conventa non fuerit in divisione servitus, præscriptionem longissimi temporis non prodesse consorti, quo ipse, ejusve successor etiam singularis in possessione fuerit. Ita cautum oportuit, seu ne damnosum officium consorti foret, qui veteris communionis memor alterum uti benigne pateretur, seu quia consors precario servitute uti præsumendus esset. Ceterum hæc ita procedere existimarim, si possessio inchoata fuerit, divisione jam inita. Si enim exempli gratia ante divisionem in ædibus fenestræ fuerint, eas post divisionem occludi consors frustra desiderabit. Nam generatim alias res transit cum omni causa, eademque conditione, qua fuisset apud nos futura modo, ne quid nominatim placuisse dicatur, auctore Pomponio *in l. 67. ff. de contrah. empt.* Hinc licet alias fenestræ sine antepagmentis, seu *cantonibus*, quos vocant, ante decennii lapsum clam, aut precario in alienum censeantur immissæ, & occludi debeant Capyc. ad *consuet. si quis habet. de apert. non fac.* si tamen ita traditæ in divisione fuerint, eas occludi consors frustra postulabit Napod. ad *d. consuet.* 8. *n.* 40.

AD

AD TITULUM III.

Excursus II.

De novi operis nunciatione, ejusque remissione.

SI quid contra publicam ædificiorum formam, aut servitutes rite constitutas, ac generatim contra jus alteri quoquo modo competens, ædificando fiat, injuria isthæc novi operis nunciatione solet arceri. Enarratis igitur publicis ædificiorum, ac servitutum legibus, juvabit ob celeberrimi usus argumentum institutionum hiatum aliunde supplere, unde unde corrasis, quæ de novi operis nunciatione in scholis, ac foro disceptari solent. Novi autem operis nunciatio est *justa prohibitio rite facta ædificanti, ut ab opere cœpto desistat l. 1. princ. ff. de nov. oper. nunciat.* Recte autem Sextus Pedius definit apud Ulpianum *in l. 5. §. 9. ff. eod.* novi operis nunciationis triplicem esse causam, *naturalem* scilicet, quatenus prohibemus, ne in nostras ædes quid immittatur, aut ædificetur; *publicam*, quatenus publicas de ædificiis leges novi operis nunciatione tuemur; *impositititiam* denique, quatenus quis, servitute ædibus suis imposita, contra servitutem facit. Et in causa quidem publica novum opus cuilibet nunciare licet; Reipublicæ enim interest, quamplurimos ad defendendam suam causam admitti *l. 4 ff. eod.* In causa vero privata, naturali puta, aut imposititia, novum opus tantum nunciare poterunt, qui dominium, servitutem, aut pignus etiam in prædio sibi

quæsierint *l.un.* §.3. *&* 5. *ff. de remiss.* Hinc superficiario quidem, & emphyteutæ ob utile dominium novum opus suo nomine nunciare licet *l.*3. §. 3. *h. t. &* *l.* 1. *ff. si ag. vectig.* tutores vero, curatores, & ipsi etiam fructuarii nonnisi alieno, & procuratorio nomine novum opus nunciare poterunt *l.* 1. §. 20. *ff. h. t.*

II. Jam vero jure Romano novum opus nunciari potest auctoritate publica, vel privata. Auctoritate publica nunciatur, cum interpellatus a nunciante Prætor opus fieri vetat seu inchoatum, seu jam inchoandum *l.* 5. §. 10. *ff. h. t.* auctoritate privata nunciatio fit ab eo, cujus interest, novum opus haud fieri. Rursus privata isthæc nunciatio aut nudis verbis, aut re etiam fieri potest. Quæ verbis fit, in jure proprie nunciatio dicitur: ea facta videbitur, ubi nuncians ad opus accedens domino, aut operis, aliisve, qui vice domini adsunt, veluti servo, ancillæ, aut puero etiam, in re præsenti denunciat, ne quid operis novi fiat *l.* 5. §. 3. *ff. h. t.* Cum enim nunciatio in rem ipsam fieri videatur, in re præsenti fieri cuicumque poterit, insano etiam ac furioso *l.*10. *ff. eod.* Proinde licet nunciatio domino renunciata non fuerit, adhuc is obligabitur, ac de se conqueri eum oportet, quod incuriosos homines operi præfecerit *l.* 1. §. 5. *ff. eod.* At vero novi operis nunciationem privatim fieri permisit edicto Prætor, ne alias magistratus aditio, testiumve advocatio, perficiundi operis tempus ædificanti daret. Vide Schilter. *exercit. jur. Rom.* 42. 2. Eamque ego causam fuisse crediderim, cur nefastis quoque diebus jure pandectarum novum opus nunciari queat *l.* 1. §. 4. *ff. h. t.* licet jure Co-

Codicis diem dominicam placuerit excipi *l. ult. de fer.*

III. Privata auctoritate quoque nunciatio re fieri videbatur olim *per manum*, seu *per lapilli ictum*. De eo quidem prohibitionis ritu magno molimine disceptarunt Friderus Mindanus *de process. mandat. & monit.* 2. 30. & Gregorius Tholosanus *syntagm. jur. univers.* 4. 29. Res tota liquebit, si memoria repetamus, Martiam Urbem domi etiam, & in pacata civitate Romanos inter judiciorum ambages rei bellicæ memores esse voluisse. Quemadmodum igitur rite bellum olim videbatur indictum, ubi Fecialis populi Romani telum jecisset in agrum hostium Gell. *noct. Att.* 16. 4. ita per lapilli jactum in novum opus judiciarium veluti duellum denunciari domino credebatur, nisi ab opere desisteretur. Eadem prohibitio *per manum* fieri dicebatur, quia vis imaginaria parari fingebatur ei, qui ædificare pergeret. Manus enim vim quamdam in jure significat; hinc *ex jure manum consertum ire* dicebantur, qui judicio certaturi forent, ac de vindiciis contenderent Gell. 20. 10. Apposite apud eumdem Ennius;

> *Non ex jure manum consertum, sed mage ferro*
> *Rem repetunt, regnumque petunt: vadunt solida vi.*

Atque hæc quidem nunciatio moribus nostris prorsus exolevit: quæ verbis fit, hodiedum usurpari posse non negem; & ea tamen duplex habet incommodum. Primo enim difficilis probatu est: deinde ipsi nuncianti damnum afferre posset. Licet enim in prohibitione publice facta ne tacite

quidem possessione nos abdicemus, in privata nunciatione tamen eum, cui nunciamus, ipso jure possessorem agnoscimus *l.* 5. §. 10. *ff. h. t.* Tutissimum erit igitur, per officium judicis nunciationem novi operis expediri, ne deterior possessionis causa nuncianti reddatur.

IV. Jure pandectarum si cui novum opus nunciatum esset, ei non licebat ædificare, nisi satisdato promisisset, se opus demoliturum, ubi pronunciatum esset, se non recte ædificasse *l.* 8. §. 2. *ff. h. t.* Verum Justinianus intra tres menses denunciationum controversias dirimi jussit; donec dijudicata lis foret, ne cum satisdatione quidem ædificari voluit: si qua tandem ambiguitas sententiæ esset impedimento, ei, qui properaret, ædificare permisit, cautione per fidejussores præstita, se, si injuria ædificasset, suis sumptibus destructurum, quod operis post denunciationem exstructum foret *l. un. C. h. t.* Proinde si quis pervicacior post nunciationem ædificare pergat, quia auctoritatem Prætoris contemnit, & contra ejus interdictum facit, quod postea fuerit exstructum, demoliri cogetur, licet ei jus fuerit ædificandi *l.* 20. §. 1. *ff. eod.* Hinc ne probationes nuncianti deficiant demolitionem urgenti, utque probari possit, quid post interdictum ædificatum fuerit, eum, qui nunciavit, auctoritate Prætoris ædificii modulos sumere debere scribit Paulus *in l.* 8. §. 5. *ff. eod.* Jure civili igitur omnino destruendum erit, quod post nunciationem fuerit exstructum, licet in sententia jure aliquis ædificasse dicatur *d. l.* 20. §. 3. *ff. eod.* Verum post Glossam ad *l.* 1. *ff. h. t.* id ita pragmatici temperandum ajunt, ut opus destruendum haud sit, si certum omnino videa-

deatur, nullum jus nunciandi fuisse. Vide Stryk. *in jur. mod. pand. h. t.* §. 17. Id æquitas, puto, suasit, & aliunde injuriarum actio jure civili datur adversus eum, qui jure suo alterum uti vetat *l.* 13. *ff. de injur.* Eo accedebat, quod demolitiones irarum irritamentum in Civitate forent, eisque urbium deformaretur aspectus.

V. Tollitur, ut quoque fit, nunciatio auctoritate publica, vel privata. Publica quidem auctoritate nunciatio tollitur, ubi missam eam facit Prætor. Id vero dupliciter fieri potest: primo si sine causæ cognitione Prætor in re sua sponte manifesta suo jure uti jubet ædificantem *l.* 5. §. 11. *ff. h.t.* deinde si Prætor, summatim causa cognita, nunciationem remittit, & ædificanti calumniam fieri vetat. Atque ea sane remissio interdictum est illud, de quo Ulpianus *in l. un. ff. de remiss.* Contra privata auctoritate nunciatio tollitur aut ipsa quidem conventione partium, qua nuncians ædificari patitur *l.* 1. §. 10. *ff. h. t.* aut morte nunciantis, & alienatione rei ab eodem nunciante facta *l.* 8. §. 6. *ff. eod.* Id vero de morte nunciantis tantum, & alienatione ejusdem intellige: secus enim de eo est, cui nunciatum fuerit. Neque regeras, ex parte ejus, cui nunciatur, idem juris esse oportere. Is enim primo in stipulatione ea de causa interposita heredis etiam mentionem facit *l.* 8. §. 7. *ff. h. t.* Deinde ex parte ejusdem nunciatio in rem esse dicitur *in l.* 10. *eod.* Ejus respectu igitur nunciatio rem perpetuo comitatur. Contra ex parte nunciantis nunciatio arbitrii personalis est, quo quidem incertum, an velit uti successor. Conf. Struv. *in syntagm. jurisprud. exercit.* 39. 10.

VI. Quæ hactenus enarravimus, in omnibus fere Regni Provinciis sine discrimine servabantur olim. Tantum in hac principe Regni Urbe a jure civili tantisper discedi placuit, ne inchoata ædificia inter judiciorum ambages diutius derelinquerentur. Siquidem *in consuet.* 1. *de nov. op. nunc.* apud Neapolitanos inolevisse dicitur, ut nuncians novum opus (nunciationem Gallica voce *defensam* consuetudo vocat) tertio saltem die, ex quo ab adversario petitum id fuerit, ædificanti libellum offerat cum justis nunciationis causis. Si eas non adprobaverit intra tempus arbitrio judicis statuendum, nulla ratione temporis a jure statuti habita, a judice fieri oportebit ædificandi copiam. Idem juris jubetur esse, si quis alterum neget per fundum suum ire agere posse *consuet.* 2. *eod.* Verum in ea re cum Urbe in concordiam rediere Provinciæ per pragmaticam a Carolo III. Rege providentissimo latam anno 1738. Ea vero sapienter obviam itum cum levitati eorum, qui præter Urbium decus novum opus temere nunciarent, tum immortalitati litium, quæ ea de re quandoque suscipiendæ forent. Igitur ibi cautum §.1. *n.*10. ut nuncians in Urbe quidem deponat sestertios quadringentos; in Provinciis vero ducentos & quadraginta, plus, minus, quatenus religioni judicis videbitur, ac prædiorum pretium suadebit. Pecunia tandem deposita, decernet pro more judex, *fabri desistant*, eodemque decreto *tabularium*, quem vocant, de impedimento cognoscere, & scripto referre jubebit. Qui vero nunciavit, tabularii relationem intra dies triginta post decretum interpositum maturare debet; si secus fiat, ipso jure cessare jubetur interdictum.

Ne

Ne porro ejusmodi lites diutius protraherentur cum ædificantis damno, a decretis in ejusmodi caussis a quibuscumque tribunalibus interpositis Rex sapientissimus appellari noluit; adversus ea tantum *nullitates*, quas vocant, afferri jussit. Cum igitur ex prædicta pragmatica statim dirimi queant ejusmodi controversiæ, non temere permittendum hodie ædificari, cautione præstita de demoliendo. Id quidem & jure Romano permittitur, & ante pragmaticam latam sæpius apud nos decernebatur olim; eo tamen prudentiores judices raro deveniebant de Ros. *in civil. decret. prax. c.* 13. *n.* 49.

TITULUS IV.

De usufructu.

SErvitutibus prædiorum expositis, de iis porro videbimus, quas *personales* appellant, ita quidem dictas, quia certæ personæ cohærent, & in alios transferri nequeunt: hinc & *jura hominum* eas Jurisconsultus vocat *in l.* 15. *ff. de servit.* Generatim igitur si in servitute constituenda certa persona demonstrata sit, cui eam præstari placuerit, servitus personalis existimari debet, licet sua natura prædialis sit *l.* 4. *ff. de servit. præd. rust.* Hinc & personalis servitus constituta censebitur, si quis sibi stipulatus fuerit, ut sibi cœnare, spatiari in alieno liceat, quicquid Cujacius contra moliatur *observat.* 24. 22. Servitutes autem personales exemplo contractuum in *nominatas*, & *innominatas* recte diviserimus, quarum illæ nomen, & caussas; hæ caussam tantum habebunt. Innominatæ quidem servitutes plures in

jure sunt proditæ; complusculæ adhuc effingi possent: eas tamen hic omittit Tribonianus, quia & contrahentium reguntur arbitrio, & a pactis in ipsarum constitutione conventis unice legem accipiunt. Nominatas contra exponendas censuit, quia definitionem a jure certiorem accepisse videri poterant. Ejusmodi celeberrimæ species in jure sunt *ususfructus*, *usus*, *habitatio*. Hoc quidem titulo de usufructu; insequenti de usu, & habitatione videbimus.

II. Porro definitur a Paulo ususfructus *in l.1. ff.h.t. jus alienis rebus utendi, fruendi, salva earum substantia*. Ususfructus igitur nec putus usus, nec fructus est; sed jus potius veluti utroque temperatum. Usui enim inest, ut utentis necessitate finiatur, ne rei conditio immutetur, ne denique utendo res pereat. Ea secus in fructu habent: is enim & rei abusum importat, neque fruendi finem habet, aut modum. Vocabuli proprietatem sequutus est Seneca *de vit. beat.* 10. sapientem uti voluptate quidem, non frui tamen oportere, scribens. Confer divum Augustinum *de doctr. Christiana* 1. 3. Fructui igitur usus adjectus commodo temperamento coercet usumfructum intra fines salvæ substantiæ: ita latior quidem usu erit, dominio tamen angustior. Inde fit, ut potiori jure re sua dominus, quam aliena usufructuarius uti frui possit. Illud tantum inter utrumque interest, quod qui utitur, fruiturque re sua, jure proprietatis id facit; idem juris in rem alienam exercens id habet ex pacto, testamento, vel lege. Ceterum Jurisconsulti vocabulorum inopia usuifructui latius per se quidem patenti notionem indiderunt angustiorem. Cum enim animad-

ver-

vertissent, utentem, fruentem re sua jus exercere dominii, neque adscititio adjumento ususfructus egere; contra idem juris in re aliena exercentem, usufructu constituto tandem, id agere; ad priorem quidem speciem indigitandam vocabulum usurpavere dominii; in altera vero ususfructus vocem retinuere. Neque id temere a me fictum putes: nam & ipse Paulus duplicem usumfructum distinguit, alterum, qui servitus sit, alterum, qui proprietati cohæreat *l. 126. de verb. oblig.* Quin idem Jurisconsultus diserte scribit *in l. 4. ff. h. t.* in jure non semel usumfructum dominii partem esse. Quibus in casibus id usuveniat, Paulus quidem haud subdit; generatim tamen id fieri crediderim, ubi non juris subtilitas, sed voluntas potius spectari debet. Ita in actione confessoria quidem, qua quis ait, se uti frui oportere, pars dominii ususfructus haud erit; in ea enim subtilitate juris ususfructus a dominio separatur. At in legatis, & contractibus, nisi secus cautum dicatur, pars dominii ususfructus erit, ita suadente testatoris, aut contrahentium voluntate. Hinc fundo vendito, ususfructus emptoris erit *l.66. ff. de contr. empt.* & legato prædio, legatarium sequetur ususfructus *l. 66. ff. de leg. 2.* Ex quibus sat, puto, liquet, præter juris rationem haud esse ususfructus distinctionem a doctoribus excogitatam in *formalem*, & *causalem*, quorum hunc domino in rebus suis, illum fructuario in alienis afferunt.

III. Cum igitur ususfructus rebus alienis utendi fruendi copiam usufructuario faciat, ad eum pertinebit rei fructuariæ reditus, & emolumentum omne, seu sponte, seu instituto Civitatis inde

pro

proveniat *l. 7. ff. h. t.* Perinde autem erit seu per nosmet, seu per alios utamur, fruamur, cum æque per alios ususfructus utilitatem habituri simus. Ex juris subtilitate quidem cum ususfructus emptore, vel colono, proprietarius experiri poterat, jus ei non esse, fundo uti frui, se invito, a quo neque venditus, neque locatus usufructus esset; verum, æquitate ita monente, emptorem, aut colonum tuebatur exceptione Prætor, si usufructus venditus, aut locatus esse diceretur *l.11.§.2.ff. de pign.* Licet enim usufructus in jure consisteret, ac proinde cum usufructuarii persona cohæreret; fructuum tamen perceptio facti erat, & a persona avelli posse videbatur. Verum enimvero ad fructuarium non pertinebunt, quæ neque natura, neque instituto Civitatis computantur in fructus. Proinde neque thesaurus, neque partus ancillæ ad usufructuarium pertinebunt: thesauri enim in ordinario fundi proventu non sunt *l. 7. §. 12. ff. solut. matr.* & ex principiis Stoicorum Jurisconsulti in fructu esse noluerunt hominem; cujus causa natura fructus omnes comparasse videbatur *l. 68. ff. h. t.* Si hinc discedas, inter dominum & fructuarium in utilitate percipienda vix quicquam interest. Quin aliquando plus in usufructus, quam dominii legato est. Ita si cui legatus est fundus, ejus instrumentum legato non cedet: at fundi usufructu legato, instrumenti etiam usufructus ad legatarium pertinebit *l.15. §. 6 ff. h. t.* Id ita placuisse crediderim, quia incivilius fortasse visum, legatarium ad parandum instrumentum adigere, quod, finito mox usufructu, sibi, aut heredi usui futurum haud esset.

IV.

IV. Jam vero usumfructum recipiunt non prædia tantum; verum servi etiam, armenta, greges, & cetera fere omnia. Ea tantum excipi placuit, quæ dicuntur in quantitate consistere, & usu consumuntur: ejusmodi sunt pecunia, frumentum, & res generatim omnes, quibus in creditum imus, ac fungibiles appellantur: item lana, odores, aromata §. 2. *h. t.* & *l.* 11. *ff. de usufr. ear. rer. quæ us. cons.* Ea enim ita comparata sunt, ut neque civili, neque naturali ratione usumfructum admittere queant. Cum enim ita in usufructu jus sit, ut fructus rei quidem fructuario cedant, finito autem usufructu, res restituatur in specie; absurdum videri poterat, ad ea usumfructum extendere, quæ usui esse non possent, nisi consumerentur. Neque enim nummi, & ceteræ quantitates usui esse possunt, nisi & consumantur. Verum enimvero ut contractus in civitate facilius expediri possent, & ultimo defunctorum arbitrio jus civile impedimento non esset, a Senatu cautum sub Tiberio fortasse fuit, ut Aurelio Galvano visum *de usufr.* 3. 12. ut rerum etiam fungibilium, & quæ usu consumerentur, non verus quidem, sed quasi ususfructus legari posset: earum proprietas igitur ad legatarium transferretur, modo heredi caveret, se mortuo, aut capite deminuto, ejusdem qualitatis res, aut earum æstimationem restitutum iri *l.* 1. & 7. *ff. de usufr. ear. rer. quæ us. cons.* Inter utrumque jus plurimum interest. Primo enim in vero usufructu corporum substantia salva manet, & finito usufructu ea ipsa in specie restituenda; verum in quasi usufructu quantitates consumuntur; hinc finito usufructu, aut æstimatio, aut tantundem restituetur. Deinde

de in vero usufructu dominium non transfertur: secus in quasi usufructu est. Hic enim quantitas non præstat usum, nisi consumatur; nec vero, nisi a domino, fere quidpiam consumi potest. Ceteras inter utrumque differentias recenset Noodt. *de usufr.* 1.20. eæ tamen ejusmodi sunt, ut fere ad expositas revocari possint.

V. Quomodo in vero usufructu versari debeat usufructuarius, pluribus exequitur Julianus *in l.* 13. §. 4. *& sequent. h. t.* Eorum summa eo redit, ne deterior proprietatis causa fiat, neve in alium licet utiliorem, quam cui parata sit, usum res fructuaria convertatur. Ita quidem viridaria, & deambulationes arboribus licet infructuosis opacæ, immutari non debent, ut horti olitorii inde fiant. Eo a Prætore comparata edicto fuit satisdato ab usufructuario præstanda cautio, *se usurum, fruiturum boni viri arbitratu, &, cum usufructus ad se pertinere desierit, quod inde extabit, se restituturum ei, ad quem pertinebit.* Si fructuarius satisdare nollet, ei usufructus nomine actiones a Prætore denegabantur *l.* 1. *princ. ff. de usufr.* Quin & re tradita, si legatarius satisdare nolit usufructus nomine, rem heres vindicare poterit *l.* 7. *ff. usufruct. quemadm. cav.* Tantum si quis ob paupertatem fidejussores invenire nequeat, jurejurando res transigetur *arg. novell.* 11. *c.* 2. Ceterum cautio in vero usufructu præstanda alia ab ea est, qua in quasi usufructu satidatur, non quod quidem extabit restitutum iri, sed vel tantumdem in genere, vel quantitatis æstimationem *l.* 8. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usf. consum.*

VI. Modi, quibus usufructus acquiri queat, non

non egent interprete. Aliarum enim servitutum exemplo non solum contractibus, aut ultimo voluntatis arbitrio, sed præscriptione quoque ususfructus parari potest *l. pen. C. de usufr.* Quin jure novo non semel ipsa lege ususfructus acquiritur, veluti conjugi secundis nuptis funestato in bonis ex prioris conjugis liberalitate quæsitis *l. 3. & 5. C. de secund. nupt.* patri etiam in bonis filiifamilias adventitiis, de quo infra latius *tit. 9.* Contra ne inutilis proprietario sit nuda proprietas, non uno modo usumfructum perimi placuit. Ex persona igitur usufructuarii primum ipsius morte, ut jura cetera, quæ personæ cohærent, ususfructus extinguitur. Igitur & maxima, aut media capitis minutione, tamquam morte civili; olim minima quoque, quia per eam & persona mutari credebatur, & ususfructus certæ personæ cohærebat; licet ab ea subtilitate juris recedi jusserit Justinianus *l. pen. C. h. t.* Quod si usumfructum ad heredem quoque deferri placuerit, duplex ususfructus constitutus videbitur, & ad heredem etiam pertinebit ita tamen, ut heredis appellatione tantum primus heres contineatur *l. 14. C. eod.* Sed & singulare est in usufructu filiofamilias relicto, quod, prærepto filio, ususfructus transmittatur in patrem, quia scilicet & vivo filio patris esse videtur *l. ult. C. h. t.* Quod si Civitati relictus sit ususfructus, placuit, centum annis in usufructu municipes tuendos esse: neque enim ulterius vita longævi hominis produci solet *l. 56. ff. eod.*

VII. Jam vero licet maxima anni parte steterit ususfructus, ac de suo fructuarius fundum ex-

excoluerit, si segete jam matura decesserit, ejus heres nil juris in eam habebit *l.*13. *ff. quib. mod. usufr. amitt.* tantum impensas deducere poterit fructuum quærendorum gratia factas. Id ad servandam æqualitatem ratio ipsa suadere videbatur. Nam & maturos fructus a testatore relictos fructuarius sibi parabit, si eos, die legati cedente, adhuc pendentes invenerit *l.*27. *princ. ff. de usufr.* Qua quidem in re discrimen juvabit advertere inter proprietatem & usumfructum legatum. Legata enim proprietate, legati dies a tempore mortis cedit *l. un.* §. *6. C. de caduc. toll.* at dies usufructus cedit ab hereditate adita *l. un.* §. 2. *ff. quand. dies usufr.* Id ita placuisse crediderim, quia usufructus ad heredes non transmittitur; proinde opus haud erat, ut exemplo legatorum ejus dies a morte testatoris cederet. Quapropter si post plures a morte testatoris annos adeatur hereditas, intermedii temporis fructus frustra postulabit fructuarius, cum ante hereditatem aditam nulla actio de usufructu competat *d. l. un.* §. 4. *quand. dies usufr.* Verum si per tergiversationem heredis hereditas non fuerit adita, is quidem tenebitur, quanti legatarii intersit, moram factam haud esse *argum. l.* 37. *ff. de usufr.* Vide Cujac. *obseruat.* 23. 10.

VIII. Rursus, cum personæ cohæreret usufructus, per ejus cessionem ab usufructuario in jure factam extinguebatur olim Paul. 3. *sent. 6.* 28. Ut enim ad usumfructum constituendum jure Antejustinianeo non simplex quidem traditio sufficiebat (simplex enim usufructus traditio sola Prætoris tuitione stabat *l.* 1. §. 2. *ff. de servit. præd. rust.*) sed requirebatur in jure cessio ; ita quoque

que ut usufructuarius sibi usumfructum abdiceret, eumque transferret in alterum, qualisqualis traditio satis haud erat, sed in jure cessionem adhibere debebat. Ea per tres personas expedienda, cedentem in jure scilicet, vindicantem, & addicentem Ulpian. *fragm. 19. §. 9. & sequent.* At vero per cessionem usufructus proprietario tantum utiliter cedi poterat Paul. 3. *sent. 6.* 28. Proinde si cessio fieret extraneo, ei quidem haud proderat, & cedens sibi nocebat. Cum enim ex regulis juris usufructus aut personæ usufructuarii ex jure quæsito, aut rei domino ex jure proprietatis cohærere posset, in extraneum per cessionem transire non poterat, ac præter mentem cedentis in aperta voluntate cedendi in proprietarium transferebatur. Hinc caute Pomponius *in l. 66. ff. de jur. dot.* usufructu in dotem dato, superveniente divortio, suadet, ut dicis causa nummo uno usufructus a marito mulieri vendatur, ne a viro in jure mulieri cessus ad proprietarium revertatur. Atque ita quidem ad Justinianum usque jus fuit. Is qua dominii bonitarii, & Quiritarii, qua traditionis, & cessionis sublato discrimine *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.* in proprietarium quidem per cessionem, aut traditionem usumfructum transire jussit; extraneo tamen traditione, vel cessione facta, nil actum censeri voluit, ne aut contra juris regulas usufructus transiret in extraneum, aut præter voluntatem cedentis ad proprietatem rediret. Hæc latius edisserere placuit, ut lucem affunderem a paucis intellecto Triboniani loco *in §. 3. h. t.* sic enim ibi. *Item finitur usufructus, si domino proprieta-*

tatis cedatur; nam cedendo extraneo nihil agitur.

IX. Exiſtimavere complures, ex perſona etiam fructuarii uſumfructum perimi *non utendo per modum*, eum ſcilicet, quem in uſufructu conſtituendo placuerit adjici: ejus vero ſententiæ vadem ipſum Imperatorem ſiſtunt *in* §. 3. *h.t.* ubi ſcriptum ajunt, extingui ſervitutem *non utendo per modum*. Verum ceteris ego ſervitutibus modum imponi poſſe non negem: diſerte id edicit Papinianus *in l.* 4. §. 1. *de ſervit.* at quis modus uſuifructui imponi queat, mihi non liquet, præter eum, quem paciſci quidem haud oportet, quique ei cognatus eſt, de utendo, fruendo ſcilicet arbitrio boni viri. Verum ſi ſecus quis utatur, fruatur, quam modus uſusfructus expoſcit, nuſquam ſtatuere veteres uſumfructum amitti: neque id mirum, cum ſatis cautum proprietario foret per ſatisdationem præſtandam ab uſusfructus initio. Eo accedit, quod non ſimpliciter Imperator ajat, uſumfructum finiri *non utendo per modum*; ſed *non utendo per modum & tempus*, eaque de re ſe conſtitutione caviſſe. At conſtitutio nuſquam occurrit, quæ uſumfructum *non utendo per modum* perimi definiat. Supereſt igitur, ut dicamus, figurate loquutum Imperatorem *ἐν διὰ δυο* (*unum per duo*) dixiſſe, ac *per modum & tempus* modum temporis indigitaſſe. Ita recte conſtabunt omnia. Nam conſtitutione ſua tempus definivit Juſtinianus, intra quod non utendo uſusfructus amitteretur, decennium ſcilicet inter præſentes, vicennium inter abſentes *l.16.C.h.t.* quæ ſane ea ipſa videtur conſtitutio, quam memorat Imperator *d.* §. 3. *h. t.* Stet illud igitur, in

inusu decennii, vel vicennii quidem usumfructum amitti, neutiquam vero non utendo per modum. Vide Noodt. *de usufr.* 2. 9. cui adde tamen Heineccium *in observat. ad Vinn. d.* §. 3. *h. t.*

X. Aliquando etiam non personæ quidem, sed ipsius rei fructuariæ intuitu usufructus extinguitur, idque fieri constat consolidatione, rei interitu, mutatione denique. Primo enim, cum res sua nemini servire queat, si consolidatione facta fructuarius rei proprietatem acquirat, usufructus extinguitur *l.* 5. *princ. ff. si usufruct. petat.* Deinde, cum usufructus sit servitus rei fructuariæ inhærens, re fructuaria pereunte, ipse quoque perimitur §. 3. *h.t.* Denique, cum per usumfructum certæ rei commodum videatur alteri constitutum, si res ita mutetur, ut porro illud præstare nequeat, usufructus stare non poterit *l.* 5. §. 2. *quib. mod. usufr. amitt.* Hinc ædium usufructu legato, exustis ædibus, areæ usufructus frustra petetur *d. l.* 5. §. 2. *ff. eod.* Quin, quod mirum videri queat, si servi histrionis usufructus sit cui relictus, eumque mox testator jusserit nomenclatorem esse, ejus usufructus peti non poterit, quia licet sit servus adhuc, histrio tamen esse jam desiit *l.*12.§.1.*ff.eod.* Secus tamen in proprietate obtinet: combusta enim insula legata, area nihilominus vindicari potest; & legato grege, si numerus ovium ita decreverit, ut porro grex dici nequeat, capita, quæ supersunt, legato cedent *l.* 22. *ff. de leg.* 1. Totius discriminis ratio inde repetenda videtur, quod usufructus certæ rei relinquitur: igitur re mutata, & alia jam facta, inde usus percipi nequit, qui fuit testamenti tempore, & quem solum quis legasse præsumitur: atqui alius est usus ædium,

dium, alius areæ. Contra proprietas uniusmodi est, neque quicquam in re legata est, quod dici possit, legato non contineri. Quapropter proprietate legata, combustis ædibus, area rite vindicabitur.

XI. Ceterum ubi totus ususfructus finitus fuerit, redibit ad proprietatem. Exinde igitur nudæ proprietatis dominus fructus rei suæ ipse percipiet §. 4. *h. t.* Verum enimvero usufructu legato, si quis conjunctus in usufructu defecerit, pars deficiens ad proprietatem non revertetur, sed conjunctis accrescet. De toto quidem accrescendi jure latius infra differemus sub *tit. de leg.* de eo tamen præverti hic duo velim, quæ inter legatum proprietatis, & ususfructus intersunt. Primo enim, proprietate legata, jus accrescendi cessat, ubi primum legatarii partem quisque suam agnoverint; verum in usufructu locus est accrescendi juri non ab initio tantum, sed & quoquo tempore conjunctus deficiat: proinde pars ab altero quæsita quidem, ac deinde amissa conjuncto adhuc accrescet *l.* 1. *ff. de usufr. accresc.* Deinde proprietate legata, qui partem suam aut ab initio non agnovit, aut amisit agnitam, excidit accrescendi jure; at usufructu legato accrescendi jure non caret, qui partem suam vel ab initio non agnovit, aut amisit *l.* 10. *ff. eod.* Diversi juris rationem indicat Ulpianus *in d. l.* 1. §. 3. *ff. eod. quia*, scilicet, *ususfructus quotidie constituitur, & legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore, quo legatur.* Quæ tamen diximus, de solo usufructu legato intelligi velim; si enim ususfructus contractu sit constitutus, jus accre-

crescendi locum haud habet *l.* 15. *ff. de duob. reis const.* Vid. Hilliger. *ad Donell. comm.* 10. *c.* 23.

TITULUS V.

De usu, & habitatione.

ALtera servitutum personalium species usus est, seu jus illud salva substantia utendi rebus alienis neque ad compendium, neque ad abusum quidem, verum ad usum usque, ut loquitur Ulpianus *in l.* 12. §. 1. *h. t.* quatenus scilicet utentis, ejusque familiæ poscit quotidiana necessitas. Iisdem fere modis, quibus constituitur, aut finitur ususfructus, constituitur, & finitur usus *princ. h. t.* plurimum tamen inter utrumque interest. Primo enim usus necessitate finitur, atque ex re usuaria præter necessitatis modum quidpiam sumi vetat; verum ususfructus rei emolumentum omne complectitur. Hinc licet ususfructus divisionem recipiat, ac pro parte legari queat *l.* 5. *ff. de usufr.* usus tamen prædialium servitutum exemplo divisionem haud patitur, nec pro parte legari potest *l.* 19. *ff. h. t.* Cum enim necessitate finiatur, ei demi nil potest; si secus fiat, quod superest, idoneum non præstat usum. Deinde, quod supra præcepimus, ususfructus idem futurus apud omnes vendi, locari potest: ut idem in usu liceat, ipsius natura non patitur. Usus scilicet constituitur ratione necessitatis habita: necessitatis diversus est modus, & præ altero alter indiget: usum igitur in alterum transferre non licet, ne qua fraus fiat rei usuariæ domino, si egentiori tradatur *l.* 8. *princ. ff. h. t.* Res ipsa tamen ali-

quando ſuadet, ut uſus in alium transferri queat. Ita quidem ſi equorum uſus legetur aurigæ, ejuſque vitam, & inſtitutum teſtator non ignorarit, eos in Circenſibus locari poſſe ſcribit Ulpianus *in l.* 12. §. 4 *h. t.* Ita & ſilvæ fortaſſe remotioris uſu legato, ligna cædua vendi a legatario poſſe reſcripſit Hadrianus, ne legatum alias inutile foret *l.* 22. *princ. ff. eod.*

II. Jam vero quid in re uſuaria liceat, generatim definiri vix poteſt: pro diverſo enim rerum uſuariarum ingenio diverſe de uſu reſponſitandum. Ita quidem gregis uſu legato, eo tantum ad ſtercorandum uſuarium uti poſſe cenſebat Labeo, neque recte eum uſurum agnis, lacte, lana, quia ea magis in fructu forent. Verum defuncti voluntatem benignius interpretatus Ulpianus modico quoque lacte eum impertiendum cenſuit *l.*12. §. 2. *h.t.* Largius agi cum eo placuit, cui fundi uſus legatus eſſet. Recte enim utetur non ſolum oleribus, pomis, lignis, quantum res poſcit ad familiæ quotidianum uſum §. 1. *h. t.* ſed, quod humanioribus viſum contra Nervæ ſententiam, oleo etiam, frumento, ceteriſque frugibus cum convivis quoque uti non prohibetur *d. l.*12. §. 1. *h. t.* Id tamen ita admitti velim, modo pro rata uſuarius ferre velit culturæ ſumptus. Ea de re quidem nuſquam in jure diſerte cautum; argumentum tamen videtur ſuppeditare Paulus *in l.* 18. *ff. eod.* Ibi enim edicit, ſi rei legatæ communis ſit uſus, legatarii & heredis communi ſumptu reficiendam eſſe, ac ſi nullus inde fructus perveniat ad heredem, ſolum legatarium eam oportere reficere. At vero, quod ſcribit Ulpianus *in d. l.* 12. §. 1. *ff. eod.* legatarium ex rebus recte ſum-

sumpturum, quod sibi, suisque sufficiat, non ita quidem accipi velim, quasi quotidie sportula sumi debeat, quod sufficiat in dies singulos, sed simul capi posse, quod sufficiat in anni necessitatem. Ubi tamen factum id fuerit, intra annum legatario mortuo, quod ex penu superest, ad ejus heredem non pertinebit. Morte enim finitur usus; neque legatarius fructus suos domum asportando fecit. Sed ea de re desino plura, cum raro hodie usus distinctus ab usufructu legari soleat.

III. Postrema servitutum personalium species est habitatio, jus scilicet alienas ædes inhabitandi. Constituitur autem habitatio iisdem fere modis, quibus constituitur usus, aut usufructus; iisdem adhuc modis intercidit. Illud tamen in ea olim singulare placuit, quod per inusum, minimamve capitis deminutionem non amitteretur *l.* 10. *princ. ff. h. t.* In ea re quidem ab usu, & usufructu habitationem ideo recessisse censuit Modestinus *in l.* 10. *ff. de cap. min.* quia habitatio in facto potius, quam in jure consistere videretur: atqui quæ facti sunt, capitis minutione non pereunt. Inde factum, ut habitationis legatæ dies non semel, sed per singulos dies cedere crederetur exemplo usufructus relicti alternis diebus, aut mensibus *l.* 1. *princ. quand. dies usufruct.* Ceterum ante Justinianum in controverso jure apud Jurisconsultos erat, an, habitatione relicta, ædes a legatario separatim locari possent; verum humanissimus Imperator habitationem ad usumfructum propius accedere voluit, & in ejusmodi legato locandi copiam fieri jussit *l.* 13. *C. de usufr.* Proinde vix quidquam hodie interesse putarim inter usumfructum, & habitationem ædium. Hinc

 si pa-

ſi pacto, vel legato viduæ debeatur inhabitatio, jure ipſo apud eam manente, ædes locare non prohibetur.

TITULUS VI.

De uſucapionibus, & longi temporis præſcriptionibus.

SUb Imperatoris auſpiciis ediſſeruimus hactenus, quibus modis rerum dominia jure Gentium nanciſcamur; ejuſdem veſtigia ſequuti porro de civilibus acquirendi modis ſermonem inſtituemus. Modorum autem acquirendi civilium non idem effectus, aut nomen: ſunt enim aut *univerſales*, aut *ſingulares*. Univerſalibus acquirendi modis alicujus univerſa jura veluti per averſionem in nos transferuntur; de iis ad titulum hujus libri decimum infra videbimus. Singularibus acquirendi modis res ſingulæ acquiri ſolent, queis ediſſerendis hunc locum addici placuit. Jam vero civiles acquirendi modi ſingulares compluſculi olim apud Romanos erant: ejuſmodi certe fuiſſe videntur mancipatio, in jure ceſſio, uſucapio, ſub corona emptio, auctio, adjudicatio, lex, donatio denique. Eis falſo accenſet Heineccius traditionem *in antiquit. Roman.* 2. 1. 22. Ea enim, niſi mancipatione fieret, pertinebat ad acquirendi modos jure Gentium inſtitutos. Licet autem plurimi apud veteres intereſſet olim, civilibus acquirendi modis rerum dominia quæſiviſſe præſertim ob jus optimum, & dominium Quiritarium, quod inde poſſeſſorem ſequebatur; rerum mancipi, ac nec mancipi tamen, item dominii boni-

ta-

tarii, & Quiritarii a Justiniano sublato discrimine, eorum nec idem pretium, & infrequentior usus. Proinde non æque de civilibus acquirendi modis sollicitus fuit in institutionibus Imperator, eosque tantum adolescentibus propinavit, queis sine noxa carere non possent. Ejusmodi esse censuit usucapionem, donationem, legatum, fideicommissum singulare denique. De usucapione quidem hoc titulo; de ceteris infra videbimus.

II. Principio recte post veteres hic Imperator usucapionis, quæque eodem redit, præscriptionis originem a jure civili repetens eam civilibus acquirendi modis accenset. Haud ego quidem inficior, magni nominis viros eam a jure Gentium repetere malle, cum sine præscriptionis auxilio humanæ societatis vinculum stare vix possit, & Gentium fere omnium consensu placuerit, ut non desultoria quidem, sed diuturniori possessione alieni quoque territorii dominium pararetur Grot. *de jur. bell. & pac.* 2. 4. & Pufendorf. *de jur. Nat. & Gent.* 4. 12. verum præscriptionem jure Gentium introductam toto Cælo ab ea distare, quæ prodita jure civili fuit, ex diversis utriusque caussis acute demonstravit Christianus Thomasius *de iurisprud. divin.* 2. 10. Illius enim fundamentum est tacita derelictio præsumpta consensu Gentium adversus eos, qui nec vi, nec clam, nec precario res suas ab aliis diutule possideri sinunt; hujus fundamentum est pœna, quæ sancitur adversus eos, qui in diem veluti stertunt, neque de rebus suis reciperandis cogitant. Eo accedit, quod in præscriptione a Gentibus usurpata temporis definitio quidem pendet ab arbitrio boni viri, ut rationes init Pufendorfius *loc. cit.* §. 9. in civili vero

ro præscriptione tempus in negligentiæ pœnam fortasse quidem angustius definitur a lege Civitatis. Prætereo, quod diversa de usucapione jura a diversis Gentibus excogitata satis aperte revincunt, eam ex mero jure Gentium repetendam haud esse, sed a cujusque Civitatis arbitrio promanasse.

III. Iam vero licet isthæc ita videantur, nolim tamen sententia Imperatoris uti, qui *impium præsidium* præscriptionem appellat *novell. 9.* neque ego video, cur eam juri Gentium adversari pronunciarit Cujacius ad *l. 1. ff. de usuc.* Quasi vero impium præsidium videri debeat, quod concordiam inter Gentes fovet, & quo a Civitate proscripto, turbatis cum possessione dominiis, lites inter cives sempiternæ gliscant. Neque vero cum Cujacio regeras, iniquam præscriptionem esse, quod dominium invito auferat. Præterquam quod enim, auctore Paulo *in l. 28.* alienare videtur, qui usucapi patitur, dominus se sponte sua juri civili subjiciens, si in Civitate recepta sit usucapio, translationi dominii tacite assentitur, ut recte advertit Hugo de Roy *de eo, quod just. est* 3.3. Prætereo, quod legislatori licet, dominio leges in Civitate pro arbitrio dicere, ac vel invito domino transferre illud in alterum, si ratio Civitatis ita postulaverit. Aliunde ipsum jus Civile in usucapione tam rigide quidem haud agit, ut non valenti agere præscriptionem currere jubeat. Nam & absentibus in integrum restitutionem indulget, & facillima remedia præscriptionis interrumpendæ præstat. Stet illud igitur, præscriptionem juris civilis quidem figmentum esse, Gentium tamen juri non adversari. Vide Donell. *comment.* 5. 30.

IV. Rursus falso post Gravinam ad *duod. tab.*

tab. 39. sibi persuasit Heineccius *in antiquit. Roman. h.t.* ex Jure Attico usucapionem hausisse Decemviros. Haud ego quidem ignoro, apud Græciæ civitates plerasque omnes jus usucapionis inolevisse: præter Isocratem, & Diodorum Siculum in eam sententiam a Grotio excitatos *de jur. bell. & pac.* 2. 4. 2. id apprime probat vulgatum apud Græcos sermone proverbium, quo vetera reposcere *vaniloquentia* dicitur Barbeyrac. ad *d. Grot. loc.* verum non adeo ignaros civilis sapientiæ Decemviros ego crediderim, ut ab exoticarum Gentium institutis omnino penderent, neque in legibus scribundis quicquam & ipsi cernerent, quod, ad quam contendebant, Reipublicæ formæ videretur accommodatum. Primum omnium scilicet facile mihi concessum iri puto, quod rei Romanæ scriptores memoriæ prodiderunt, in legislatione sua patricio genere prognatos adlaborasse Decemviros, ut aristocraticum Reipublicæ regimen constituerent, optimatium partes juvarent, geometricas denique rationes ex mente patriciorum in agrorum possessionibus sectarentur. Cum igitur vix quidquam conducibilius usucapione sit ad ιϛοτητα των κτησεων (*possessionum æqualitatem*) arcendam e Civitate, ipsimet sua sponte usucapionem excogitarunt, ut eo quoque nomine agris plerisque omnibus patricii potiri possent. Ita sane Plato, quem proditum est jactare solitum, αει τον θεον γεωμετρειν (*Deum semper geometrica cogitare*) & geometricas rationes in Rempublicam suam invehere studuisse *Bodin. de Republ. 6. 6.* usucapionem in ea constituit 12. *de legib.* Solonis institutum fortasse haud absimile. Contra Lycurgus, qui arithmeticam Reipublicæ formam apud La-

Lacedæmones meditabatur, fundorum alienatione prohibita, ne cui inopia pudori foret, a Spartanis usucapionem saltem immobilium abesse jussit, ut ex Aristotele, & Heraclide probat Cragius *de Republ. Lacedæm. pag.* 200. Ipse Deus optimus maximus, qui ad arithmeticas rationes Judaicam Rempublicam componebat, ut nemo inter Hebræos excelleret opibus, neu inopia dedecori cuiquam esset, usucapionem apud eos agraria lege prohibuit. Vide Petr. Cun. *de Republ. Hebr.* 1. 2. *& sequent.* & Crag. *loc. cit.* Per me igitur non Solonis quidem exemplum, sed patriciorum artes usucapionem in Urbem invexerint. Quapropter si usquam legas civitate donatam usucapionem esse, ut lites præciderentur, & commercia expeditiora forent, eam quidem causam, tamquam pro Junone nubem, plebejorum oculis objectam intellige, aut certe, quod ajunt, *a posteriori* petitam.

V. Porro de usucapione ita cavere Decemviri: *usus auctoritas fundi biennium; ceterarum rerum annuus usus esto* Gothofred. *tab. 6. Usus auctoritas* εν δια δυο (*unum per duo*) est; utrique enim vocabulo non diversa notio, ut recte advertit Hotomanus *observat.*2.2. non dissentiente Salmasio *de usur.*8. Auctoritas vero apud Decemviros jus est vindicandi. Quapropter totius sententia carminis eo redit, res soli possessas ab alio intra biennium tantum a domino vindicari posse; intra annum vero res mobiles, & se moventes; eo tempore circumacto, res alteri usucapione quæri. Est igitur usucapio dominium quasi usu, & possessione paratum; quemadmodum mancipium est dominium manu, seu traditione quæsitum Gravin. ad 12. *tab.*

39.

39. At vero mirum videri non debet, intra anni, aut biennii angustias usucapionem coercuisse Decemviros. Cum enim tempore latæ legis Romanum territorium angustioribus limitibus finiretur, intra tempus lege præstitutum cives alieniores a peregrinandi studio res suas ab aliis possessas commode vindicare posse censuerunt. Ceterum cum Decemvirorum ævo intra Italiæ fines consisteret Romana potentia, prædia tantum in Italico solo usucapi posse videbantur: ita factum, ut, prolato tandem accessione Provinciarum imperio, fundi Provinciales seu tributarii, seu stipendiarii usucapione fuerint exempti. Eo accedebat, quod supremum Provincialium prædiorum dominium non apud possessores quidem, sed apud dominum rerum populum, aut Principem esset, ut proinde eo quoque nomine dominium Quiritarium, quo careret vetus possessor, in alterum per usucapionem transferri non posset. Vide Bynkershoek. *de reb. mancip.* 9. Secus in mobilibus erat: ea enim seu Romæ, seu in Provinciis, seu mancipi, seu nec mancipi forent, per usucapionem possessori cedebant Ulpian *fragm.* 19. 8. & ibi Schulting. Peregrini tantum, nisi commercii jus impetrassent, usucapione non utebantur. Nam adversus hostes (ita peregrinos dixit vetustas) æternam auctoritatem esse voluere Decemviri Cicer. *pro Cæcin.* 26.

VI. Licet igitur in rebus mobilibus usucapio ubique dominium per possessionem adjiceret, in rebus soli tamen ultra Italiam non procedebat. Verum enimvero cum Reipublicæ expediret, bonæ fidei possessoribus litium, & sollicitudinis finem adesse tandem, paulatim æquitatis obten-

tentu Prætores ad fundos Provinciales etiam non veram uſucapionem quidem, ſed præſcriptionem cœperunt extendere, eaque, veluti per exceptionem, juſtos poſſeſſores decennes, vel vicenarios ſecuros eſſe voluerunt. A ſuis enim initiis præſcriptio nuda fuit exceptio, qua juſta poſſeſſione decennii quidem inter præſentes, vicennii inter abſentes repellebatur actor, in eamque notionem præſcriptionis vocabulum Juriſconſulti frequenter uſurpant *l. creditor. ff. de diverſ. tempor. præſcript.* Conf. Donell. *comment.* 5. 4. *n.* 5. *& ad tit. Cod. de except. n.*15. Edicti æquitatem reſponſitando Juriſconſulti juvarunt *l.* 4. *&* 14. *ff. pro empt.* & ipſi Principes præſcriptionem firmantes longæ poſſeſſionis prærogativam prodeſſe juſſerunt *tot. tit. Cod. de præſcript. long. temp.* Porro cum ex edicto præſcriptio nuda eſſet exceptio, ab initio fortaſſe, amiſſa poſſeſſione, ne utili vindicatione quidem rem poſſeſſor perſequi potuiſſe videtur; verum contra rigorem juris paulatim receptum, ut utilis vindicatio ei daretur *l.* 10. *princ. ff. ſi ſervit. vindic.* Vid. Cujac. *in parat. Cod. de præſcript. long. temp.* At Juſtinianus, præſcriptionis tempore circumacto, primo directam actionem, amiſſa poſſeſſione, dari poſſidenti juſſit *l.* 8. *de præſcript.* 30. *ann.* mox Italia, cum Provinciis in concordiam redire juſſa, rerumque mancipi, ac nec mancipi ſublato diſcrimine, uſucapioni præſcriptionem æquavit. Cum tamen vetus uſucapionis tempus videretur anguſtius, ſine locorum diſcrimine longiuſculo tempore utramque compleri voluit: nam res quidem mobiles triennio ubique uſucapi juſſit; immobiles vero decennio inter præſentes, vicennio inter abſen-

sentes *l. un. C. de usucap. transf.* Hodie igitur in rebus possessis, tempore, & acquisitionis effectu inter usucapionem, & præscriptionem vix quidquam interest Donell. *comment.* 5. 4. Neque tamen utroque vocabulo promiscue utendum erit. Usucapio enim est rerum tantum corporalium; præscriptio incorporalium etiam: illa supra vicesimum annum nunquam excurrit; hæc ultra procedit haud infrequenter, ut infra liquebit.

VII. Hodie igitur cum vix quidquam inter usucapionem, & præscriptionem intersit, utraque definiri poterit *adjectio dominii per continuationem possessionis temporis a lege definiti l. 3. ff. h. t.* At vero usucapio, seu præscriptio a sola temporis prærogativa non pendet: requiritur adhuc justus titulus, bona fides, possessio non interrupta; ipsa res denique ejusmodi esse debet, ut usucapionem haud respuat, neve quid vitii eam usucapi vetet. De omnibus accurate videndum.

VIII. Principio igitur nullus usucapioni locus sine justo titulo, seu causa ad transferendum dominium apta. Generatim enim quibus ex causis transfertur dominium, si res tradatur a domino, ex iisdem tantum tradens non dominus jus usucapiendi tribuere potest §. 5. *infr. per quas person. cuiq. acquir.* Proinde tot tituli usucapionis erunt, quot & acquirendi dominii. Conf. Donell. *comment.* 5. 15. Quapropter neque pro empto, neque pro legato, neque pro dote, neque pro donato, aliove quo titulo usucapiendi jus erit, si nulla emptio, nullum legatum, nulla dos, aut donatio, aliudve simile intercesserit, unde revera dominium parari solet §. *6. h. t. & l. 27. ff. eod.*

Si

Si secus factum, ne titulo quidem generali pro suo res usucapi poterit, ut ex Celsi sententia contra dissentientes recte colligit Ulpianus *in d. l.27. ff. eod.* Neque enim generali titulo pro suo quid usucapere licet, nisi alteri speciali, veluti pro empto, pro donato, communis hic hæreat. Id adeo verum est, ut ne falsa quidem possessoris existimatio rei veritatem immutet *l.6. ff. ad munic.* Tantum si justa subsit erroris causa ex facto seu nostro, seu alieno, ejusque ignorantia vel in prudentissimos cadere queat, sequetur adhuc usucapio. Ita quidem si mihi procurator falso persuaserit, mandatu meo se rem emisse, atque ita tradiderit, tituli error usucapioni non oberit *l.11.ff. pro empt.* Vide Connan. *comment.* 3. 13. 2. Sed & in rebus incorporalibus titulus quoque præsumptus præscriptioni proderit, quem inducit patientia ejus, qui longo tempore alterum nec vi, nec clam, nec precario uti finit *l.* 10. *ff. si servit. vindic.* Vide Struvium *exerc.* 43. 15.

IX. Præter justum titulum bonam quoque fidem requirit usucapio, qua possessor se dominum esse credat, seu quia rem a domino accepisse putet, seu ab eo certe, cui abalienandi jus fuerit: igitur ignorare sufficiet, rem alienam esse *l.* 109. *ff. de verb. signif.* Ab isthac opinione tamen juris error abesse debet, qui in acquirendo prodesse non potest *l.* 7. *&* 8. *ff. de jur. & fact. ign.* Hinc ne ille quidem usucapiet, qui in ea conditione est, ut usucapere possit, si putet, se usucapere non posse per leges, quia in jure erranti non procedit usucapio *l.* 32. §. 2. *ff. h. t.* Sed & sine scientia usucapio sequi non potest: neque enim quisquam bona fide possidere dicitur, nisi se sciat

in

in caussa usucapionis esse. Qua quidem in re possessionis & usucapionis discrimen licet advertere. Possessio enim per procuratorem acquiri domino vel ignoranti potest; possessione tamen a procuratore quæsita, rem dominus, nisi sciens, usucapere nequit *l.* 47. *ff. h. t.* Frustra enim bonam fidem in eo requiras, qui ignorat, a quo res sit accepta, necdum decreverit, num alteri alienandi jus fuerit. Ceterum jure civili quidem sufficit, ut ab initio possessionis tantum bona fides adsit. Si enim nil aliud usucapionem impediat, mox mala fide superveniente, usucapio rite procedet *l.* 48. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.* Secus tantum id esse placuit in perceptione fructuum, qui bonæ fidei possessori non cedunt, nisi & perceptionis tempore ei sit bona fides *d. l.*48. §. 1. *ff.eod.* Discrimen inde manasse putarim, quod in usucapione una quidem acquisitio fieri videretur; proinde solum initium in ea spectandum esset: contra in singulis perceptionibus fructuum acquisitiones fiunt, quarum singulæ sine bona fide prodesse non oportebat. Verum enimvero Jure Pontificio apud nos hic recepto ut procedat usucapio, intermedio quoque tempore generatim bona fides adesse debet, idque ad sanctimoniam juris naturalis propius videtur accedere *c.*5. & 20. *X. de præscript.* At vero ex ipso jure civili in ea re aliquid inter emptionem, & ceteros contractus interest. In emptione enim, ut decernatur de bona fide, contractus simul, & traditionis tempus inspicitur *l.* 49. *ff. h.t.* in ceteris vero contractibus tantum in traditione bona fides spectari debet *l.* 15. §. 3. *ff. eod.* Juris utriusque discrimen acute differit pro more suo Donellus 5. *comment.* 17. *n.* 18.

X.Rur-

X. Rursus sine possessione contingere nequit usucapio. Possessionem non qualemqualem intellige, sed civilem; quæ scilicet ex dominii opinione manat, & naturali detentioni solet opponi. Quapropter si qui alieno nomine in possessione sint, usucapere nequeunt *l.* 33. §. 4. *ff. h.t.* Verum enimvero possessionem continuatam oportet esse; si qua ejus interruptio fiat, usucapio non procedit; ea enim sine continuatione possessionis consistere nequit *l.* 3. *ff. eod.* Interruptionem possessionis *usurpationem* dixere veteres *l.* 2. *ff. eod.* Ea naturalis est, vel civilis: naturalis usurpatio dicitur, si vi aliquis de possessione dejiciatur *l.* 5. *ff. eod.* civilis usurpatio fiet per litis contestationem, oblationemve libelli *l.* 10. *C. de acquir. possess.* Utrovis modo alius usurpatum eat, prioris possessionis tempus ad usucapionem haud prodest. Hinc, impleta usucapione inter judicii moras, victus possessor juvari nequit *l.* 18. *ff. de rei vind.* Cum litis contestatione tamen possessio revera non interrumpatur, si possessori judex litem addixerit, is quidem prioris possessionis additamento in implenda usucapione juvabitur *l.* 2. *ff. pro donat.*

XI. Jam vero justi temporis continuatam possessionem in eodem possessore implendam esse ne credas: potest enim alienæ possessionis accessione uti successor §. 7. & 8. *h. t.* Juris subtilitate quidem accessioni possessionis locus haud esset. Cum enim possessio facti sit, & in detentione consistat, quæ personæ cohæret, aliena possessio nostra fieri non posset. Proinde haud absurde Scævola possessionum accessiones ex æquitate repetit *l.* 14. *ff. de divers. tempor. præscript.* Cum

igi-

igitur præter juris regulas ejusmodi accessiones evaluissent, eas ab initio vni heredi, bonorumve possessori patere placuit: verum Severi tandem, & Antonini rescripto ad successores etiam singulares ex titulo seu oneroso, seu lucrativo, eæ fuerunt extensæ *d.* §. 8. *h. t.* Inter successorem singularem tamen, & heredem, bonorumve possessorem interest. Cum enim in vitia, virtutesque defuncti subintret successor universi juris, cujusmodi sit ipsius possessio, ex persona defuncti definiendum erit. Quapropter si mala fide defunctus possidere cœperit, heredi non proderit bona fides, ac ne a sua possessione quidem usucapionem inchoare poterit: quemadmodum si in defuncto bonum fuerit initium, heres licet in mala fide accessione uti non prohibetur, temporisque conjunctione rite rem usucapiet *l.* 11. *ff. de divers. temp. præscript.* Contra successor singularis accessione tandem utetur, si cum ipse, tum auctor fuerit in bona fide. Proinde si venditor bona fide inchoarit usucapionem, ejus accessione emptor malæ fidei uti non poterit *l.* 13. §. 13. *ff. de acquir. poss.* Est tamen, ubi successor singularis potiori jure præ herede censetur. Is enim, si auctor mala fide possidere cœperit, a possessione sua, quod heredi non licet, usucapionem inchoare non prohibetur, modo rem acceperit bona fide. Nam cum juris universi successor haud sit, in virtutibus, aut vitiis, non repræsentat auctorem *l.* 5. *ff. de divers. tempor. præscript.*

XII. Denique usucapio non contingit, si res ejusmodi sit, ut usucapionem respuat. Permulta enim usucapionem admittere nequeunt vel privilegio ipsis tributo, vel vitio, quo dicuntur affe-

cta. Privilegium usucapioni eximit res extra commercium, res fisci, & si quæ vacantia ei nunciata jam fuerint §. 4. *h. t.* res civitatum, Ecclesiarum, impuberum, minorum, &, ne percenseam singula, generatim res omnes alienari prohibitas lege, vel testamento *l.* 2. *C. pro empt.* & *l.* 16. *ff. de fund. dot.* Tamquam affectæ vitio usucapi vetantur res furtivæ, aut vi possessæ. Rei furtivæ quidem usucapionem vetuere Decemviri; verum Jurisconsultorum interpretatione fortasse lex ita videtur accepta, ut eam furi tantum usucapere non liceret. Id tamen iniquum posteritati visum: proinde Atinia rogatione cautum anno fortasse Urbis 556. ut quod subreptum esset, ejus æterna esset auctoritas, neque a quopiam usucapi posset, nisi in potestatem domini revertisset Gell. *noct. Attic.* 17.7. Ceterum cum prædii furtum fieri non videretur §. 2. *h. t.* ad fundos vi possessos lex Atinia extendenda non videbatur. Quapropter primum lege Plautia anno Urbis 663. deinde & Julia cautum, ne rerum vi possessarum ulla usucapio foret *d.* §. 2. *h. t.* Lex isthæc Julia ea ipsa est, quam de vi publica, & privata tulit Augustus; in eam concessit & Plautia, quæ quia vetustior Juliæ præponitur *in l.* 33. §. 2. *ff. h. t.*

XIII. Hactenus de requisitis usucapionis, eique æquatæ præscriptionis egimus. Si quid eorum deesset, res usucapta non videbatur, eoque nomine perpetuæ actiones proditæ fuerant olim, quas nulla temporis præscriptione eludi jus foret. Verum enimvero Civitatis intererat, lites immortales haud fieri, & aliquem tandem sollicitudinis, & periculi finem esse. Primum igitur, ne incerta expectatione penderent, qui alicujus criminis in-

insimulari possent, seniores Principes præscriptione viginti annorum crimina omnia perimi voluerunt *l. 12. C. ad l. Cornel. de fals.* igitur ne parricidio quidem excepto Anton. de Matth. ad *libr.* 48. *ff. t.19.* 5. 1. Deinde Honorius & Theodosius actiones omnes seu in rem quidem, seu in personam triginta annorum præscriptione sopiri jusserunt *l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Cum tamen subtiliores quorumdam interpretationes post triginta annos adhuc actiones intenderent eo sub obtentu, quod prædicta constitutione comprehensæ non viderentur, actiones, quæ triginta annorum præscriptionem dicerentur effugere, quadraginta saltem annorum præscriptione perimi jussit Anastasius *l. 4. C. eod.* Hinc quadraginta annorum etiam nata præscriptio, eamque in rebus fisci, aut fundo patrimoniali contra fiscum, aut Principem opponi placuit *l. 14. C. de fund. patr.* Verum hanc contra fiscum præscriptionem apud nos centenariam esse jussit Fridericus II. *const. quadragenalem. de prorogat. præscript.* Eadem præscriptione quadragenaria infringi jussit Justinianus actionem hypothecariam, si ageretur adversus ipsum debitorem, aut heredem *l. 7. C. de præscript. 30. vel 40. ann.* & generatim actiones omnes, de quibus semel contestata lis foret *l. 9. C. eod.*

XIV. Ex dictis hactenus sat, puto, liquet, jure civili quidem actiones omnes triginta, aut quadraginta saltem annorum præscriptione perimi, eaque exceptione furem ipsum, nedum rei furtivæ possessorem, tueri se posse. Conf. Donell. *comment.* 5. 31. *n. 6.* & Struvium *exerc.* 43. *th.* 20. Verum enimvero Irnerium sine judicio sequu-

ti *in auth. quas actiones. C. de sacr. Eccles.* vulgo doctores statuunt, Romanam Ecclesiam sola centenaria praescriptione repelli posse. Justinianus quidem *l.* 24. *C. eod.* quae ad Orientales Ecclesias pertinet, & *novell.* 9. quae pertinet ad Occidentales, Ecclesiarum omnium sine discrimine, piorum locorum, & Civitatum etiam actiones centum tantum annorum exceptione elidi voluit; verum ejusmodi praescriptionem, saltem quod ad Orientis Ecclesias, sanxisse videtur fraude Sacerdotum Emesi circumventus, qui diplomatum quorumdam suppostitiorum ope familias ditiores bonis suis exuere nitebantur. Ceterum idem Imperator, fraude fortasse comperta, de qua post Procopium *hist. arc.* 28. Suidas *in voc. Priscus Emesenus*. praescriptiones adversus Ecclesias, & pia loca, intra quadraginta annorum spatium coerceri jussit *novell.* 131. *c.* 6. Veteri igitur privilegio per Principem revocato, ipsi sanctioris aevi Pontifices nullo in ea re singulari jure Romanam Ecclesiam censendam existimarunt, ut constat ex literis Gregorii I. apud Gratianum *c.* 2. *quaest.* 4. *caus.* 16. Centenarium hoc privilegium Romanae Ecclesiae primum asseruisse videtur Joannes VIII. *c. ult. quaest.* 3. *ibid.* Eum ducem sequutus Irnerius praedictam authenticam praeter Justiniani mentem excudit. Potius urgeri posset, exceptione centenaria tantum Civitates adhuc excludi posse ex *l.* 24. *C. de sacros. Eccles.* cum, quod ad Civitates attinet, ei legi derogatum haud fuerit *in d. novell.* 131. *c.* 6. Vide Cujac. *obser.* 5. 5. & Donell. *loc. cit. n.* 9.

XV. Legitimas e Regno praescriptiones excludi vetuit apud nos Ferdinandus I. *pragm.* 1. *de*

de præscript. verum a renata fere Jurisprudentia doctores dissidium fecisse comperio, an in Regno præscriptio recepta foret. Matthæus de Afflictis pragmaticorum facile princeps *in decis.* 13. *n.* 2. & 3. eo inclinare videtur, ut apud nos tricenaria, vel quadragenaria præscriptione actiones omnes perimi oporteat; idem tamen *in decis.* 37. *n.* 1. & 2. replicatione saltem ignorantiæ ejusmodi præscriptiones elidi posse decernit. Ursillus vix eo constantior ad *d. decis.* 13. *n.* 9. præscriptionem quidem in Regno videtur agnoscere, pro ea tamen vix pronunciari scribit, quia de ejus requisitis fere constare non soleat; verum idem religiosior fortasse factus ad *d. decis.*37. *n.*2. ipsam præscriptionem centenariam saltem ex capite ignorantiæ infringi posse pronunciat, quia peccatum remitti nequeat, nisi restituatur ablatum. Quasi vero Principi non liceat de dominio in Civitate statuere, atque auctor peccandi sit, si quid usucapi jubeat. Denique, ne multus sim, Antonius de Marinis, utiliter opponi posse præscriptionem tricenariam in Regno censet, modo cum privatis agatur *resol.*2. 115. *n.*10. Rerum judicatarum non minor incertitudo. Proinde Augustissimus Carolus III. litium inter cives amputandarum, ut bonum Principem decet, studiosissimus, pragmatica lata 1738. patrum omnium Sacri Consilii primo conventu pronunciari jussit, quo modo temporis actiones in Regno præscriptione perimerentur. Haud multo post igitur in generalibus comitiis suis omnes Sacri Consilii patres censuere, *præscriptioni, qua actiones extinguuntur, in quocumque Regni foro locum esse oportere, modo conditionibus a jure Civili, Pontificio, ac lege Municipali præ-*

stitutis, plane sit confirmata. Propterea neque debitorem, qui ob conscientiam debiti semper est in mala fide, neque heredem, licet bonæ fidei, qui possessori malæ fidei successerit, præscriptione juvari umquam posse. Ceterum in tertio possessore bonam fidem præsumendam esse, ideoque lapsu triginta annorum a die natæ actionis, ac deductis temporibus de jure deducendis, legitima præscriptione eum recte uti posse. Ad hanc tamen excludendam licere actori apertis argumentis probare, illum possessorem sive ab initio, sive intra præscriptionis spatium vere in mala fide fuisse, probationibus præsumptæ malæ fidei prorsus rejectis. Senatusconsultum hoc Regiæ literæ confirmarunt ann. 1743. Verum, ne quid diffiteri videar, a rerum peritis audio, vix ullam hactenus ejus rationem habitam in S. C. Id factum existimarim, quia vix solent in tertio possessore concurrere, quæ in præscriptione requiri Sacrum Consilium pronunciavit.

TITULUS VII.

De donationibus.

ALter modus acquirendi civilis donatio Triboniano est *princ. h. t.* Id tamen edixisse puto, quatenus liberalitatis exercendæ causa gratuitam ipsam traditionem donatio complectitur: ea enim, quatenus beneficam de dando conventionem indigitat, non dominium, sed obligationem parit, ac tituli potius rationem habet: eo igitur intuitu contractus potius beneficus existimari debet. Inde factum, ut licet Jurisconsulti alias ad

beneficii potius, quam contractus causam, donationem pertinere docuerint *l. 14. ff. de precar.* contractibus tamen eam accensuerint Imperatores *in l. 7. C. de his, quæ vi, met.* Ceterum cum ad liberalitatem plerique omnes ipsa natura propensi simus, ac Deum ipsum antiquitas æstimari voluerit ex beneficiis erga mortales, donatio potius ex jure Gentium repetenda videbatur. Proinde ratio vix reddi potest, cur modis acquirendi civilibus eam Imperator accenseri jusserit. Quidam, ne quid gravius dicere cogantur in Majestatem Imperatoriam, interesse statuunt inter donationem inter vivos, & mortis causa, aut propter nuptias: priorem quidem ex jure Gentium repetendam concedunt, posteriores duas a jure civili manare contendunt propter singulares leges, quibus eas jus Civile subesse jussit. Id tamen si admittatur, vereor ego quidem, ut ullus acquirendi modus repeti a Gentium jure queat. Nam accessio, & ipsa etiam occupatio singulares leges accepit a jure civili. Adeo verum est, quidvis potius interpretes effutire malle, quam dicam Imperatori scribere. Ego certe mirari satis Imperatoris negligentiam nequeo, qui novi juris, quod ipse excogitavit, oblitus civilibus acquirendi modis temere donationem accensuit. Scilicet ante Justinianum donatio civilis erat acquirendi modus, quia, lege Cincia ita jubente, in ea plerumque mancipationis ritus adhibebatur Brummer. ad *leg. Cinc.* 13. Hinc νομȣ χαριν (*dicis causa*) res donatæ per mancipationem traditæ sestertio nummo vno addici donatario fingebantur. Ejus in donatione ritus ubique vestigia. Ipsis lapidibus testimonium denunciare lubet: ita Urbis

Romæ vetus inſcriptio: *hoc monumentum L. Titurius Sabinus, ſe vivo, donavit L. Sanio Symphoro, mancipavitque ſeſtertio nummo uno.* Imaginariæ hujus mancipationis ſolemne porro in donationibus negligi juſſit Imperator, eaſque ſimplicitate juris Gentium regi voluit *l.* 37. *C. de don.* Verum mox in inſtitutionibus Cajum fortaſſe ſequutus, novique juris oblitus, donationem retulit inter civiles acquirendi modos.

II. Jam vero donatio, quatenus eſt acquirendi modus, haud inconcinne definiri poterit *liberalis in alium rei collatio*. Eam vel *mortis cauſa*, vel *non mortis cauſa*, & *inter vivos* fieri ſcribit Tribonianus: hæc tamen vera, & abſoluta; illa impropria donatio eſt: quemadmodum & minus propriæ donationes ſunt propter nuptias, ac generatim omnes, quæ ſub cauſa, modo, conditione fiunt; quippe quæ a contractibus innominatis parum abſunt. Jam vero mortis cauſa donatio mortis ſuſpicione fit, ſeu eam mortis periculum, ſeu mortalitatis cogitatio ſola ſuadeat §. 1. *h. t.* Verum an ejuſmodi donatio fuerit, non ex ipſo periculo, aut cogitatione mortis, quæ donatori obverſabatur, imminebatve, ſed ex verbis mortis cogitationem indigitantibus æſtimandum erit. Si enim in extrema fati neceſſitate poſitus ſine mortis mentione abſolute quis donet, potius moriens inter vivos, quam mortis cauſa donaſſe videbitur *l.* 42. §. 1. *ff. de mort. cauſ. donat.* Ceterum qui mortis cauſa donat, inſita vivendi cupidine recepiſſe potius, quam dediſſe, mavult. Proinde ſe potius habere cupit, quam eum, cui donat; illum deinde potius, quam heredem ſuum; denique potius heredem ſuum, quam ejus, cui do-

donat *l*.35. §.2. *ff. eod.* Inde factum, ut ejusmodi donationem resolvi placuerit non solum, si, cessante periculo, supervivat donator, eumve donationis pœniteat, verum etiam si donatarius ante donatorem obeat §. 1. *h. t.*

III. Porro Jurisconsulti veteres addubitasse videntur, ad legatane donatio isthæc accederet, an ad ea potius, quæ futuram ob causam dari dicuntur. Cassiani quidem, cum ad repetendas res ita donatas condictionem causa data, causa non sequuta, competere donatori contenderent, iis, quæ dantur ob futuram causam, & innominato contractui ejusmodi donationem videntur accensuisse *l*. 35. §. 3. *ff. de mort. caus. don.* Sane ex tribus hujus donationis revocandæ modis a Triboniano proditis §. 1. *h. t.* duo saltem Cassianorum sententiæ favent. Primo enim quemadmodum quæ certam ob causam dantur, repeti ex pœnitentia, causa non sequuta, possunt *l*.5. *princ. ff. de cond. caus. dat. caus. non sequut.* ita si pœnituerit donatorem, is donationem revocare poterit *l*.30. *ff. de mort. caus. don.* Deinde quemadmodum lex rerum ob causam datarum communis est, ut, causa non sequuta, earum repetitio competat *l*.1. §. 1. *ff. de condict. ob turp. caus.* ita si, morte non sequuta, periculum donator evaserit, res ita donatas repetere non prohibetur *l*.29. *ff. de mort. caus. don.* Contra alii, & Proculejani fortasse, mortis causa donationem legatis potius comparandam existimarunt. Eorum quidem sententiam firmare videbatur tertia hujus donationis resolvendæ causa. Quemadmodum enim si ante diem legati cedentem decesserit legatarius, legatum non transmittitur ad heredem *l*. 5. *princ. ff. quand.*

dies

dies leg. ced. ita si donatarius, vivo donatore, decesserit, res donatæ donatoris erunt, neque ad heredem donatarii pertinebunt *d.* §. 1. *h. t.* Cæterum Justinianus decisione sua *in l. ult. C. de don. mort. caus.* Proculejanis litem addixit, atque ejusmodi donationes quacumque ex parte legatis absimiles censeri vetuit. Caute tamen id intelligi velim. Licet enim cum legatis in multis donationes mortis causa conveniant, adhuc tamen post Justiniani constitutionem non uno capite differunt. Proinde similitudines, ac differentias potiores juvabit hic sistere.

IV. Primo igitur mortis causa donatio in eo cum legato convenit, quod, ut legatum ipsum, ad solemnitatem actus quinque testes requirit *l. ult. C. de don. mort. caus.* Deinde exemplo quoque legati donatio isthæc a donatore pro lubitu revocari potest, nec, nisi donatore mortuo, rata erit *l.* 30. *ff. eod.* Præterea in utroque patet substitutioni locus *l.* 1. *C. h. t.* utrumque Falcidiæ detractioni subest *l.* 42. *ff. h. t.* Neutri quoque insinuationis necessitas *d. l. ult. C. eod.* neutrum inter conjuges vetitum *l.* 9. §. *ult. ff. de don. int. vir. & ux.* Utrumque denique jus adcrescendi *l. un.* §. 14. *C. de cad. toll.* utrumque cautionem Mucianam admittit *novell.* 32. *c.* 44. Compluscula sunt contra tamen, in quibus donatio isthæc a legato recedit. Primo enim præter legati jus ea lege mortis causa donatio fieri potest, ne porro donatum revocare liceat *l.* 13. §. 1. *ff. de mort. caus. don.* neque exemplo legati ab hereditatis aditione pendet, sed, donatore mortuo, statim firmitatem accipiet *l.* 32. *ff. eod.* Præterea donatio in singulos annos una est: pertinebit igitur

etiam

etiam ad heredes. Contra si legetur in singulos annos, multiplex legatum erit: proinde primi quidem anni legatum est purum; reliqua conditionem habent, neque ante diem legati cedentem ad heredem legatarii pertinebunt *l.* 35. §. 7. *ff. eod.* Rursus in mortis causa donatione solum tempus mortis inspicitur, an quis capere possit; at in legato tempus testamenti quoque spectari debet *l.* 22. *ff. eod.* Ne multus sim denique, absenti & ignoranti legare licet; donatio, cum contractus rationem habeat, acceptationem requirit, & in ignorantem conferri nequit *l.* 10. *ff. de don.* Sed his omissis, de donationibus inter vivos, quæ dominium statim in donatarium transferunt, videamus.

V. In veteri severitate morum apud Romanos olim nulla lex muneralis, cum aut aliena rapere, aut magnifice largiendo sua prodigere, cives perinde refugerent. Verum enimvero, ubi peregrinæ opes cum luxu prodigentiam intulerunt in Urbem, serio cautum oportuit, ne donandi temeritate cives ex liberalibus prodigi fierent, suisque leviter largiendo profusis, aut aliena invaderent, aut ærarium pessimo publico perrumperent. Cum igitur publice interesse videretur, ne effusis donationibus patrimonium patresfamilias exhaurirent, opportune lata lex Cincia a M.Cincio Alimento Tribuno plebis anno urbis 549. eaque non solum ultra certam summam donationes vetitæ, sed & mancipationis ritu res donatas transferri placuit Brumm. *ad l. Cinc. c.* 12. *& sequent.* Mancipationis enim solemnitas eo pertinebat, ut donaturus maturiori consilio de donatione decerneret. Siquidem affluenti lætitia soluti aliquando mortales de rebus

suis

suis plus nimio sperant, aut certe benigniores videri volunt: ita ab inertibus helluonibus facilius expugnantur, qui simplicioribus emungendis tempus opportunissimum aucupantur. Commode igitur eorum artibus intercessit rogatio Cincia, mancipationis necessitate in donatione præscripta. Nam inter libræ delationem, & libripendis occursum, facile fieri poterat, ut consultius de rebus suis statueret, qui pridem inter repotiorum hilaritatem, aut faustas natalis acclamationes inconsultius promisisset. Eadem quoque de causa, & ad donatorum levitatem coercendam, donationes scripto fieri, actisque publicis insinuari jussit Constantinus Magnus, ut Gothofredo visum *ad l.* 1. *C. Theod. de spons.* Inconsulte igitur Theodosius, & Valentinianus scripturam in donationibus remiserunt *l.* 29. *C. de don.* inconsultius adhuc Justinianus insinuationem remitti jussit, si ultra quingentos aureos donatio non pertingeret *l.* 36. *C. eod.* Sed & apud nos insinuationis nulla necessitas, aut certe donatori licet insinuationi renunciare, ut rerum periti testantur. Inconsultissime denique idem Augustus ex nudo pacto donationes ratas haberi statuit *l.*35. *C. eod.* Ita factum, ut nusquam apud nos Cinciæ locus, & omnia bona sua quis alteri donare possit, modo aliquid sibi servet, de quo testari queat. At vero præsentia, & futura donandi pactum contra bonos mores pronunciavere pragmatici, quia testandi facultatem donatori adimit. Ita post Bartolum de Franch. *decis.*168. & ibi Amendola, de Luca, aliique sat multi per eos excitati; neque video, cur eam donationem ratam haberi jubeat Strykius *in jur. mod. pand. h. t.* §. 9. Nec tamen existimes, ejusmodi donatio-

na-

nationem prorsus inutilem esse; nam potestate juris bonorum futurorum mentionem ex ea detrahendam, atque ita, saltem quod ad præsentia, servari oportere, præter alios judicatum scribit Ursillus *ad Afflict. decis.* 338. *n.* 3.

VI. Jam vero possunt donare omnes, quibus libera rerum suarum est gestio, & quibus bonis interdictum a Prætore non fuerit. Verumtamen ipsa juris ratio donatione dominium in alterum aliquando transferri non patitur. Ita sane pater filiofamilias frustra donat, quia ob personæ unitatem, ac potestatis vinculum ipse sibi donare videretur. Hinc quod filio donatur, ne usu quidem capi posse respondet Paulus *in l.* 1. §. 1. *ff. pro don.* Ceterum morte patris soluto potestatis vinculo, donationem, nisi revocata fuerit, ratam ab initio existimari jussit Imperator *in l.* 25. *C. de don.* Rursus idem potestatis vinculum intercedebat olim, ne quid uxori donari posset a viro. Cum enim ritu plerumque civili uxores ducerentur, in potestatem viri transibant: igitur filiorum exemplo nil separatum a viri rationibus possidere poterant. Apposite Plautus *Casin. act.* 2. *scen.* 2.

Nam peculi probam nihil habere addecet
Clam virum, & quæ habet, partum ei haud commode est,
Quin viro aut subtrahat, aut stupro invenerit:
Hoc viri censeo esse omne, quicquid suum est.

Quo quidem loco celeberrimæ legi 51. *ff. de don. int. vir. & ux.* lucem queas affundere. At vero ubi nuptiæ veteri ritu fieri desierunt, & uxores sub tutorum, aut parentum arbitrio maluerunt age-

agere, vetus potestatis vinculum conjugum donationes impediturum haud erat. Cum tamen donationum inter conjuges prohibitio saluberrima Civitati foret, alias rationes excogitarunt Jurisconsulti, ex quibus, quoquo modo nuptiis initis, donationes ejusmodi infirmari oporteret. Hinc moribus id juris asserit Ulpianus *in l.* 1. *ff. eod.* caussatus, ita placuisse, ne mutuo se amore conjuges spoliarent, seu, quod Sextus Cæcilius adjiciebat *in l.* 2. *ff. eod. quia sæpe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non daret is, qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia*. Hanc rationem, & mores ita receptos confirmavit Antonini oratio *in l.* 3. *princ. ff. eod.*

VII. Jam vero Senatusconsultum donationes inter conjuges interdicens verbis quidem angustius interpretatione juvandum, ejusque sententiam extendendam Jurisconsulti censuerunt. Igitur Senatusconsulti mentem ad eos quoque pertingere statuerunt, qui in ejusdem patris potestate forent. Inde Ulpianus infert, mariti fratrem glori donare non posse, ac generatim omnes, qui soceri potestati subessent *l.* 3. §. 2. & 5. *ff. de don. int. vir. & ux.* Rursus cum jure pandectarum patri filius acquirat adventitia, ne filio quidem matrem donare posse scribit ibidem Ulpianus §.4. ne fraus legi fieret, & obliqua via res donata rediret ad virum. Cum tamen hodie adventitiorum proprietatem saltem filius sibi quærat, ei matrem recte donaturam puto. Quod ad nuptias contra leges initas, cum eis conjuges justi non fierent, ad eos rigore juris Senatusconsultum non pertinebat; verum moribus receptum fuerat, ne ratæ ejusmodi conjugum

gum donationes forent, *ne*, auctore Ulpiano *in d. l.* 3. §. 1. *melior esset conditio eorum, qui deliquerunt*. Contra cum concubinatus apud Romanos interdictus haud esset, concubinorum donationes non infirmabantur. Cum apud nos tamen concubinatus per leges nomen habere desierit, & delinquant concubini hodie, ipsorum donationes existimarim irritas *arg. d. l.* 3. §. 1. Conf. Strykium *in jur. mod. pand. de don. int. vir. & ux.* §. 9. Ceterum res a conjugibus donatæ olim non tantum repeti a donatore poterant, sed &, si prior decessisset donator, ejus silentio donatio non confirmabatur; proinde ipsius heredi res donatas vindicare jus erat. Verum Senatui sub Antonino placuit, donatorem quidem pœnitere posse, at ejus morte donationem confirmatam videri, neque heredem posse res donatas eripere *l.* 32. *ff. eod. & nouell.* 162. *c.* 1.

VIII. Donationes autem inter vivos rite perfectæ temere revocari nequeunt. Temere inquam; justis enim ex causis rescindi poterunt. Justæ donationis rescindendæ causæ religioni judicis remittebantur olim. Verum longa inde litium, & injuriarum seges. Proinde quinque tantum ex causis Justinianus donationes jussit revocari posse; nimirum si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; si illi impias intulerit manus; si vitæ ejus insidiatus fuerit; si gravem jacturam bonis ejus ingesserit; si pacta denique donationi apposita implere noluerit *l. ult. C. de revoc. don.* Verum præter Justiniani mentem negarunt interpretes fere omnes, alias causas excludi oportere, si quæ occurrant majores, aut pares. Ita sane propter negata alimenta donatori donationem statuunt

re-

rescindi posse. Vid Struv. *exerc.* 40. *th.* 15. Sed & rescindi donatio poterit, si cujus in fraudem facta fuerit; veluti si intra Neapolitanum territorium in consuetudinis fraudem avita bona quis donet Affl. *decis.* 370. *n.* 13. & *sequ.* Ita etiam locus rescissioni patebit, si donatio inofficiosa fuerit, eaque legitima liberis imminuta dicatur *l.* 5. *C. de inoff. don.* ubi singulare est, quod, donatione facta, liberis postea genitis hæc actio non denegatur. Denique communis fere pragmaticorum sententia est, ob supervenientiam liberorum etiam donationes revocari posse, quia donationem ab orbo factam tacitam conditionem habere putant, *si donatori liberi non nascantur*. In eam vero sententiam utuntur *l.* 8. *C. de revoc. don.* Licet autem illa tantum de patrono loquatur, cujus in plerisque diversa ratio debet esse; æquitas fori tamen ad omnes eam extendit, si tanta donatio fuerit, ut ea donator abstinuisset, si de liberis cogitasset.

AD TITULUM VII.

Excursus singularis.

De donationibus ante nuptias, & antifato.

DOnationes ante nuptias a sponsis fieri solitas nec ignorarunt Jurisconsulti veteres, nec Senatusconsulto supra memorato vetari censuerunt *l.* 27. *ff. de don. int. vir. & ux.* Sponsalitiæ vero largitates absolutæ donationes videbantur olim: proinde ne repudio quidem solutis sponsalibus res donatas donatori condicere licebat, nisi diserte

te ea lex donationi fuiſſet appoſita *l.* 1. §. 1. *ff. de don.* Verum enimvero cum ſponſorum liberalitas plerumque ex affectu proficiſcatur, quo quis proſequitur futuram uxorem, nec temere quiſpiam, præciſa ſpe nuptiarum, præſumatur donare velle, opportune Conſtantinus, ſponſalitiis largitatibus tacitam futurarum nuptiarum conditionem ineſſe juſſit *l.* 2. *C. Theod. de ſponſ.* ex qua interpolata *l.* 15. *C. de don. ant. nupt.* Ita ſcilicet repudiorum levitas coerceri poſſe videbatur, ſi ſponſalitiam largitatem amitteret ſponſus, cujus facto nuptiæ ſequutæ non forent. De ea re igitur prudentiſſimus Princeps ita diſtingui voluit, ut ſi per eum, eamve, qui, quæve donationem accepiſſet, factum eſſe diceretur, ut nuptiæ ſequutæ non eſſent, competeret donatori condictio tamquam ob cauſam dati, cauſa non ſequuta; ſin facto donantis ſponſalia ſoluta forent, rei donatæ non ſolum retentionem, ſed & exactionem donatarium habere juſſit. At vero, uter ſponſus voluntatem mutaſſet, non mutationis cauſam Conſtantinus ſpectari voluit. Proinde audiendus haud erit ſponſus, qui ſuſpectos ſponſæ mores arguere velit. Serum enim videri queat, accuſare mores, qui ſolemni ſponſione adprobati videntur, & aliunde ita cautum oportuit, ut ſponſaliorum ſanctitas religioſius ſervaretur. Vid. Jacob. Gothofr. ad *d. l.* 2. *C. Theod. de ſponſ.* Quod ſi alterutrius morte nuptiæ confieri non poſſent, ſi ſponſæ quidem, ad ipſius heredes res donatas omnes ſine deminutione reverti juſſit, licet oſculum ſponſalitium interceſſiſſet; ſin ſponſi, res donatas ipſius heredes condicere conceſſit, ſiquidem oſculo ſponſalia firmata non forent; ſin oſculum interceſſiſſet, dimi-

dium donationis tantum ad sponsi heredes redire voluit *l.16. C. de don. propt. nupt.*

II. Jam vero sub junioribus Principibus aliud genus donationum evaluit, proprium Romanorum id quidem, & a donationibus hactenus expositis in plerisque diversum. Eas quis Principum primus constitutione firmarit, definire vix ausim: illud constat, ipsarum meminisse primos Theodosium juniorem, & Valentinianum III. *in l. 8. §. 4. C. de repud.* Cum tamen ejusmodi donationes ibi memorentur, tamquam vulgo receptæ, ac nusquam constitutio extet, qua primum introductæ fuerint, haud absurde fortasse statues, eas ipsis moribus inolevisse. Hæ porro donationes *ante nuptias* dicebantur olim: matrimonio enim inito nec inchoari, nec augeri poterant, ne qua fraus fieri videretur Senatusconsulto, quo inter conjuges donationes interdicebantur. Verum Justinus Imperator, aucta constante matrimonio dote, donationes etiam ante nuptias augeri jus esse voluit *l. 19. C. de don. ant. nupt.* ac Justinianus, inito quoque matrimonio, ejusmodi donationes inchoari posse constituit, modo, quod majoribus placuit, dotis quantitatem haud excederent: ut vero rei vocabulum responderet, eas donationes *propter nuptias* appellari jussit *l. 20. C. eod.* Cum tamen ejusmodi donationes dotis remuneratio sint, ac veluti hostimentum, eas longe commodius appellasset *propter dotem donationes*, quemadmodum & a Græcis ἀντιφερναι dicuntur. Easdem ὑποβολον appellavit Harmenopulus *libr.4.* ἀπο τȣ ὑποβαλλειν, quia scilicet viro mortuo, tamquam dotis incrementum, uxori cederent. Conf. Cujac. *observat.* 5. 4

III.

III. Porro harum donationum originem ex favore dotium manasse putarim. Publice scilicet interesse videbatur, dotes mulieribus salvas esse, ut nubere honeste possent. Verum adversus tot privilegia dotis nomine concessa mulieribus, usu sæpius veniebat olim, ut aliena fraude spe reciperandæ dotis prorsus exciderent. Si qui igitur eis cautius esse vellent, in instrumentis nuptialibus aliquid mulieribus donari curabant non absolute quidem, quasi res donatæ statim eis acquirerentur, verum ut dotis nomine in eas mulieribus hypotheca competeret. Soluto igitur matrimonio, si in dotis amittendæ discrimen venisset uxor, præsto ei quidem erat hypothecaria actio in res ita donatas adversus tertium possessorem. Eurema Jurisconsultorum istud commodissimum principibus videri cœpit. Hinc publicis quoque legibus pacta privatorum isthæc firmari placuit, resque ita donatas etiam sine hypothecæ pacto tacito pignori subjici voluere Principes, earumque vindicationem adversus quemlibet possessorem mulieri competere *l. 29. C. de jur. dot.*

IV. Jam vero apud veteres olim minor dote donatio fieri poterat, ac, si ante nuptias, major etiam, nec ulla in utraque requirebatur æqualitas. Tantum, quod ad pacta lucri, æqualitas paulatim evaluit primum fortasse moribus, deinde etiam lege scripta. Primo enim constitutum a Leone fuit, ut quantam partem ex ejusmodi donatione mulier stipulata foret sibi lucro cessuram post viri mortem, tantandem maritus ex dote summam, uxore constante matrimonio mortua, sibi lucri stipularetur *l. 9. C. de pact. convent. tam sup. dot.* Cum vero dubitaretur, an rata conventio

foret, si secus pacti contrahentes essent, ac lucrorum inæqualitatem servari maluissent, pacta isthæc inæqualia servari vetuit Justinianus, ac majorem lucri partem ad minorem deduci jussit *l.* 10. *C. eod.* Rursus idem Augustus *novell.* 97. 1. non solum æqualitatem lucrorum hic servari voluit, sed & ipsam donationem cum dote jussit æqualem esse: proinde alterutra aucta, vel imminuta, ad eamdem etiam quantitatem alteram augeri, vel imminui cavit. Jure novellarum igitur cum donationi æqualis dos esse debeat, nulla constituta dote, donatio frustra constituetur, & vice versa. Dos quidem in nuptiis sine donatione dici potest, aut dari; soluto matrimonio tamen nullam dotis partem vir sibi retinere poterit, licet in tabulis nuptialibus de ejusmodi lucro sibi diserte caverit: quemadmodum &, dote non constituta, soluto matrimonio nullam mulier donationis partem acquirit *novell.* 2. *c. ult.* unde *auth. sed quæ. C. eod.* Verum nostris moribus a Justinianeo jure descitum: apud nos enim indotata mulier donationem sibi stipulari non prohibetur.

V. Ceterum donatione propter nuptias constituta, tria potissimum commoda mulier sibi parat. Primo enim, si dos ei periclitetur, in res ita donatas hypothecam habebit: in eis igitur ceteris creditoribus præferetur, si aliunde potiores esse non jubeantur *l.* 29. *C. de jur. dot.* Deinde temere divertente viro, propter nuptias res donatæ aut omnes, aut ex parte, quatenus placuerit in instrumentis nuptialibus, uxori cedent *l.* 8. §. 4. *C. de repud.* Denique quibus in casibus vir dotem aut totam, aut ex parte lucratur, mulier quoque res

ita

ita donatas aut omnes, aut partim ad servandam æqualitatem acquirit *novell. 97. c.* 1. Quapropter, soluto tandem matrimonio, donatio isthæc potissimum vires exserit. Constante enim matrimonio, nisi ad inopiam vergente viro, res ita donatæ vindicari nequeunt *d. novell. 97. c. 6.* unde *auth. donationem. C. de jur. dot.* Quo magis mirari subit, cur post Donellum *comm.* 14. 9. rerum propter nuptias donatarum dominium, ac fructus ipsos, constante adhuc matrimonio, mulieri complures asserant. Aliunde si id admittatur, ego non video, quid in virum commodi ex dote redeat. Posita enim dotis, & donationis æqualitate, ad sustinenda onera matrimonii dotis fructus maritus frustra perciperet, cum idem juris in res donatas uxori foret. Neque cum Donello regeras, ad persequendas res ita donatas non solum in rem actionem, sed vindicationem etiam mulieri competere ob *d. l.29. C. de jur. dot.* Primo enim in rem actio non domino tantum, sed & ob jus hypothecæ creditori competit. Deinde vindicatio dominium necessario non requirit. Nam vel ex §. 15. *de act.* constat, omnes in rem actiones vindicationes veteres dictitasse.

VI. Ita quidem natæ, ita comparatæ apud veteres propter nuptias donationes erant: verum eas penitus exolevisse hodie recte videtur pronunciasse Cujacius *observat.* 5. 4. Secus tamen edixere pragmatici. Ii enim, tamquam si eadem instituta semper ubique fuerint, Neapolitanarum rerum, & negotiorum omnium incunabula in solo jure Romano quærentes communibus fere suffragiis statuerunt, ejusmodi donationibus apud nos successisse dotarium, tertiariam, quartam, &, quod

hæc hodie cuncta complectitur, antifatum. Lata enim *pragm. unic. de donat. propt. nupt.* baronum, & burgenſium ſublato diſcrimine, atque cum Urbe Provinciis in concordiam redire juſſis, dotario, tertiaria, quarta abrogatis, ſolum antifatum præſtari placuit, ut in tempore memorabimus. Verumtamen dotarium, tertiaria, quarta, quamdiu apud nos obtinuerunt olim, & ipſum hodie antifatum, alio a donationibus propter nuptias jure cenſetur, & harum alius ab illis finis. Primo enim donationes propter nuptias potiſſimum inſtitutas evicimus, ut mulieres dotem ſalvam haberent, non vero ut lucrum nanciſcerentur; contra, ut infra liquebit, dotarium, tertiariam, quartam, ipſum antifatum denique ſequior ætas excudit, ut extra dotis amittendæ diſcrimen ea lucrarentur uxores. Deinde, quod ſupra prævertimus, propter nuptias res donatas non lucrabatur uxor, niſi quatenus placuiſſet in tabulis nuptialibus, & ex qua parte, ſoluto matrimonio, dos viro cederet; contra nullo cum periculo dotis imminuendæ antifati, ne ſingula memorem, ipſam aliquando proprietatem olim, hodie certe uſumfructum, ſoluto matrimonio, mulieres adipiſcuntur. Proinde dotarii, tertiariæ, quartæ, &, quod apud nos hodie ſolum obtinet, antifati, alibi quidem, & extra jus Romanum origo quærenda. Interea, ne pragmaticos iratos experiar, illud edico, prædico, me receptas in foro ſeu errore, ſeu æquitate ſententias oppugnatum haud ire. Si quæ igitur leges de donationibus propter nuptias antifato in foro ſunt accommodatæ, quin porro accommodentur, non intercedo. Principio factum id quidem gloſſatorum inſcitia; eſt tamen & illis gra-

gratia, quod, licet pessimi legum interpretes, optimi tamen juris conditores fuerint.

VII. Ut igitur uxoriorum apud nos lucrorum originem investigemus, advertendum in primis, Longobardos, qui diutule quidem nostris regionibus imperitarunt, aliarum fere Gentium Septemtrionalium ritu nullas, aut certe permodicas dotes mulieribus dare solitasse. Sane constat ex lege Rotharis apud Murat. *rer. Ital. diss.* 20. parentem, aut fratrem, filiam, sororemve alteri desponden-tes, quatenus luberet, dotem dare, dicere potuisse, neque jus fuisse mulieri, dotis inofficiosæ nomine de fratris, aut parentis judicio conqueri. Quapropter apud Longobardos spes ditescendi mulieribus in unis maritis erat. Hinc haud ignotis artibus, lacrymulis, blandimentis viros adortæ novis usque donis exprimendis eos avitis rebus exturbabant. Proinde ne uxorio ambitu avito patrimonio quisquam excideret, opportune vetuit Liutprandus *in Longob. libr.* 2. *tit.* 4. *edit. Lindenbrog.* ne quid jus esset uxori donari præter *mephium*, & *morgincas*. Mephium erat mundii, seu perpetuæ muliebris tutelæ pretium. Conf. Murat. *loc.cit.* Nimirum supra prævertimus *libr.*1. *t.* 13. §. *6.* sub perpetuo mundio apud Longobardos mulieres egisse: igitur & nuptiis initis parentum, aut agnatorum mundio suberant. Molestum id fortasse viris, ideoque uxorum sibi mundium coemebant. Pretium id quidem ipsis parentibus, aliisve, quibus mundium deferri juberetur, exolvebatur olim; mox ipsis fœminis nulla cum dote fortasse nubentibus. Cum tamen ingentiores summas mephii nomine stipularentur sibi mulieres, earum aviditatem coercuit Liutprandus *d.*

libr.2. tit.4. Siquidem ibi cautum, ut judices quidem, seu primi ordinis nobiles, ultra quadringentos, ceteri nobiles ultra trecentos solidos mephii nomine mulieri ne solverent. Quod si qua secundo nuberet, ei mephii tantum dimidium præstari jussit *in Longob. lib.2.tit.8.* Inde fortasse apud nostrates, exolescente mephio, ea lex in Regno ad antifatum translata; ejus enim dimidium solvi jubetur viduis apud nos secundis nuptiis funestatis *pragm. un. de don. prop. nupt.* Mirum vero videri non debet, mundium apud Longobardos tanti venire solitum. Cum eo enim præter alia commoda mulieris hereditas redibat ad viros, ut constat ex Liutprandi legibus apud Murat. *loc. cit.* Ceterum in Bari provincia Longobardici juris tenaciori pro mephio ducatorum millia plus minus solvi solita ætate sua testatur Domin. Tass. *de antif. observat.* 4. *n.* 76. quæ sane summa a Liutprandi mephio propius abest. Nam solidus pro aureo usurpatur: solido insunt sestertii centum: igitur quadringenti solidi millia Regni ducatorum efficiunt. Vid. Calvin. *lex. jurid. in voc. solidus*.

VIII. Ceterum apud nos hodie mephii vix ullus usus, & a morginca Longobardorum potius uxoriorum lucrorum origo per me repetatur. Longobardi scilicet adversus novas nuptas ardentiores ita plerique insueverant, ut ademptæ virginitatis veluti hostimentum confestim a prima nuptiarum nocte ingentem patrimonii partem uxori traderent. Quosdam etiam uxoriis blandimentis in tempore delinitos eo prolapsos oportuit, ut ejusmodi donatione totum patrimonium exhaurirent. Opportune igitur Liutprandus *d. libr. 2. t. 4.* morgincæ titu-

lo

lo ultra bonorum quadrantem virum uxori donare vetuit; si vellet, minus donaret. Sed ejus legis remissus est rigor, & tertiam bonorum partem quosdam donare consuesse probat ibidem Muratorius. Sequiori etiam ævo adeo desipuere quidam, ut ea donatione omnia sua profunderent. Conf. Histor. Urb. *l.*5.*c.*5. Cum vero ante nuptias ejusmodi donationem promittentes viri, deducta domum uxore, vulgo fidem haud exolverent, sedulo mulieres ejusmodi donationes in ipsis tabulis nuptialibus sibi promitti curabant. Ceterum ex Liutprandi lege integrum viris non donare fuerat: verum sæculo decimo secundo ita mores recepti fuerant, ut necessitate juris isthæc seu tertia, seu quarta uxoribus donanda foret Murat. *loc. cit.*

IX. Ex enarratis Longobardicæ morgincæ vicibus sat, puto, liquet, dotarii, tertiariæ, quartæ, eisque antifati suffecti apud nostrates originem ex Longobardorum jure manasse. Facili enim negotio fieri potuit, ut Regni Provinciæ cum ipsa principe ejus urbe in ea parte leges Longobardicas adoptarint alibi quidem Imperii Longobardici vicinia, alibi victoribus obsequendi libidine. Verum enimvero ut in morgincæ modo definiendo Longobardi ejus auctores perpetuo sibi non constiterunt, ita apud nostrates etiam in lucris uxoriis tantisper intererat primo barones, & burgenses inter; deinde inter provincias, & principem Regni urbem. Primo enim in feudis a baronibus dotario constituto, post viri obitum ejus dumtaxat usumfructum mulier lucrabatur, superessent, necne, ex matrimonio liberi: muliere mortua, dotarii ususfructus ad eum redibat, cui feudum de-

delatum esset (1). Contra dotario a burgensibus in tertia uxoribus constituto, si quidem liberi superessent, solus usufructus mulieribus deferebatur; sin liberi non suscepti, aut matri prærepti forent, ipsa proprietas ad mulieres redibat Tasson. *de antef. observ.* 4. *n.* 77. Confer Fabric. Brancac. apud eumdem *n.* 8. Deinde in Principe Regni urbe non tertia quidem, at quarta constitui solebat in lucrum uxorium; licet in Urbe etiam, ejusque territorio, quarta isthæc a tertia in provinciis diverso jure non censeretur. Siquidem *in consuet.* 1. *de jur. quart.* placuisse scribitur, ut, liberis quidem ex matrimonio non susceptis, aut matri præreptis, ipsa quartæ proprietas ab uxore vindicari posset; sin liberi communes superessent, nudus usufructus ad uxorem, viro mortuo, pertineret. Quartam vero consuetudo computari jubet, deducto ære alieno, quod ante quar-

(1) Inter Regni constitutiones *libr.* 3. *tit.* 13. 15. & 16. tres constitutiones occurrunt de dotario a baronibus in feudo constituendo. Et ex Rogerii constitutione quidem *d. t.* 13. dotarium in feudo baroni constituere permittitur, si feuda tria habeat, non minus; si pauciora, in pecunia dotarium constituere jubetur, quæ tamen & feudali jure censeatur, nec trientem pretii feudorum excedat. At avo indulgentior Fridericus *d. tit.* 15. baroni dotarium in feudo constituere jus esse voluit, si vel feuda duo, aut unum cum dimidio haberet; alias in pecunia, eaque affecta feudali jure, dotarium dici jussit. Mortuo igitur feudatario, ea pecunia redibat ad feudum. Id ego cautum existimarim, ne aut imminuta feuda reverterentur ad fiscum, aut baronum agnati dignitatem suam tueri non possent, si mulieris heredibus ea pecunia deferri juberetur.

quartæ constitutionem fuerit a viro factum, ejusque petitionem denegat, nisi tabulis nuptialibus constituta fuerit *consuet.* 2. *eod.* Quod si ex eadem hereditate plures debeantur quartæ, cujusmodi speciem sistit *consuet. un. de jur. prim. quart.* quæ ante alias constituta dicitur, decerpi ex hereditate jubetur; ex eo, quod superest, detrahetur altera.

X. Cum igitur apud nos olim, liberis non susceptis, eisve ante matrem propero fato functis, lucra isthæc uxoria quod ad ipsam proprietatem plerumque mulieres acquirerent, serio cautum oportuit, ne post earum obitum ad alienissimas familias avita virorum bona redirent, eisque defraudarentur non solum agnati, sed ex priori quoque matrimonio suscepti liberi. Quapropter ne quid porro familiæ detrimenti caperent, ab ordine, populoque Neapolitano iterum rogatus dux Ossuniensis Neapoli vice sacra agens anno 1617. pragmaticam constitutionem edidit in Urbe, ac Provinciis æque valituram, qua enarratis incommodis obviam itum. Is igitur *pragm. un. de don. propt. nupt.* lucra isthæc mulieribus tantum non omnino præripuit. Primo enim cavit, ut nil lucri sperarent, quæ indotatæ nupsissent: nam pro dotis ratione majus, aut minus antifatum præstari voluit. Deinde solum ejusdem usumfructum post viri mortem mulieres nancisci jussit, licet viri sine liberis decessissent. Porro in dotibus, quæ ultra quatuor *ducatorum* millia non pertingerent, trientem dotis statuit antifatum esse; *donativi* vero nomine, soluto matrimonio, ex antifato ita constituto usuras besses, quoad viveret, mulieri præstari. In dotibus ea summa majoribus, non supra decem du-

ducatorum millia tamen, dotis quadrantem cavit antifatum esse, atque inde *donativi* nomine, viro mortuo, usuras viduæ semisses solvi. In dotibus supra decem, non ultra viginti millia tamen, quintam dotis jussit antifatum esse, usuras vero *donativi* quincunces. In dotibus supra vicena usque ad tricena millia quindecim ex quibusque centenis antifatum constituere jussit, ejusque summæ usuras quadrantes a viri heredibus mulieri solvi. Denique in dotibus ingentioribus antifatum, & usuras arbitrio partium definiri statuit, modo nec antifatum quindecim pro quibusque centenis excederet, nec usuræ *donativi* quadrantibus majores forent. Si qua vero secundo nuberet, ei dimidium antifati constitui placuit, atque usuras ad prædictam rationem solvi.

XI. His ita constitutis, sat, puto, liquet, pragmaticam in usuris donativi definiendis potius viris, eorumque heredibus, quam uxoribus consultum isse. Usuræ enim besses, aut semisses, mulieribus ob donativum præstari jussæ tunc leviores videbantur pro ratione temporum, quibus vulgares usuræ dextantes erant. Proinde ne quod favore virorum constitutum esset, in ipsorum perniciem converti videretur, ubi copia nummorum aucta humano temperamento usuras leviores suasit, ab usuris pragmatica definitis fori æquitas recedendum censuit. Hinc donativi usuras in Provinciis quidem ad dotalis interusurii rationem, in Urbe vero non supra quincunces ætate sua præstari consuesse scribit de Ros. ad *consuet.* 1. *de jur. quart. n.* 4. Verum hodie seu in Urbe, seu in provinciis interusurium qua dotis, qua donativi sine discrimine quincunx est, ut rerum periti testantur. At vero

ro cum dotis veluti hoſtimentum pragmatica juſſerit antifatum eſſe, atque ex dote definitionem accipere, antifatum indotata mulier non ſolum fruſtra poſtulabit, ſed dote promiſſa etiam, nec ſoluta tamen, nihil antifati nomine recte petet. Hinc S. C. patres pronunciaſſe refert Afflictus *deciſ.* 242. *n.* 5. pro rata tantum ſolutæ dotis antifatum mulieri præſtandum eſſe. Caute tamen id intelligi velim. Si enim conſenſu viri ſolutio dotis ad certam diem dilata fuerit, & ante ſolutionis tempus maritus obeat, antifatum mulieri debebitur. Neque enim in ea ſpecie quidquam imputari mulieri poteſt, cum jure permittente a ſolutione ceſſet, & alias etiam promiſſoris gratia tempus in ſtipulationibus adjiciatur *l.* 17. *ff. de reg. jur.* in eamque ſententiam pronunciatum a Sacro Conſilio ſcribit Afflictus *deciſ.* 333. Secus eſt tamen, ſi mulieris, aut dotantis mora, ubi dies jam venerit, ſolutio facta non fuerit Guid. Pap. *deciſ.* 565. & Urſill. *ad dict. deciſ. Affl.* 333. *n.* 2. Quod ſi *ſuperviventia*, quam vocant, in tabulis nuptialibus promiſſa fuerit, qua, viro mortuo, dignitatem ſuam matrona tueri queat, ea omnino debebitur, licet die condicta dos non ſolvatur: ea enim non ob dotem, ſed ob nobilitatem, aliudve quid tale conſtitui ſolet.

TITULUS VIII.

Quibus alienare licet, vel non.

EDiſſeruimus hactenus potiſſimos acquirendi modos jure ſeu Gentium, ſeu civili proditos. Eorum ſane præ traditione nullus naturali ſim-

ſimplicitati conformior. Ipſa enim Natura ſuadet, ratam haberi oportere voluntatem ejus, qui rem ſuam alteri ea mente tradit, ut ſtatim accipientis fiat. Cum tamen in res ſingulorum dominium eminens ſummo Imperanti competat, ejuſque legibus res privatorum ſubjiciantur, a jure cujuſque Reipublicæ dominiorum translationes legem accipiunt. Proinde ſi jura Civitatis obſiſtant, ne domini voluntate quidem rerum dominia transferri poterunt. Ita factum, ut, licet alias cuique de rebus ſuis pro lubitu ſtatuere liceat, ac ſine alienandi jure dominium vix intelligi queat, dominus aliquando tamen alienare nequeat, contra aliquando non dominus recte quidem alienet. Ejuſmodi juris exceptiones, ſeu, ut Theophilus ait, παράδοξα θέματα, hic Tribonianus exequitur. At vero hoc potiſſimum inſtitutionum loco de prohibita alienatione diſſeritur, & iraſcor ego compilatoribus, qui accuratius in ea re verſati non fuerint. Monitum id quidem oportuit, ne fraudi quis mihi tribuat, ſi ipſorum veſtigiis ingreſſus haud fuero.

II. Principio igitur prohiberi poteſt rerum alienatio auctoritate vel publica, vel privata. Illud fit quidem, ubi ab ipſa lege vetatur alienatio ſeu reſpectu rerum, ſeu perſonarum intuitu: hoc vero continget, ſi pacto, vel teſtamento alienatio ſit interdicta. Rerum ipſarum intuitu jus civile alienari vetat ſacra, ſancta, religioſa, publica, & litigioſa etiam, præter alia, de quibus aut ſupra actum, aut in tempore agemus. Eo pertinent etiam res dotales, quas maritum licet dominum per legem Juliam alienare non poſſe ſcribit Imperator *princ. h. t.* Verum ego, *in*

ex-

excurs. de dot.const. §. 9. ni fallor, ostendisse videor, jure Justiniani novissimo dotalia prædia in dominio uxoris esse. Proinde mirari subit, cur suæmet providentiæ Imperator oblitus dominium fundi dotalis viris hic asserat. Ceterum lege Julia (1), invita muliere, viri dotale prædium alienare non poterant; obligare vero, ne ea consentiente quidem. Exemplis enim compertum fuerat, vix exorari se pati mulieres, ut dotale prædium omnino distraherent; in eodem vero obligando se præstare faciliores, spe vana sibi blandientes, maritos brevi rem luere posse. Quod igitur facilius mulier concessura foret, lex potissimum fieri vetuit, ut ei salva dos esset. Verum ne quid usquam periculi mulieri foret, neutrum viris licere voluit Justinianus, ne consentientibus quidem uxoribus. Cum vero lex Julia ad fundum dotalem tantum Italicum pertineret, & Provinciale prædium alienare jus esset viro, ad fundos Provinciales etiam legem Juliam extendi jussit idem Augustus *l. un.* §. 15. *C. de rei ux. act.*

III. Jam vero ante legem Juliam, cum maritus legum subtilitate dominus dotis esset, ei dotale prædium qua Provinciale, qua Italicum alienare jus erat: lex vero Julia dotale prædium tantum Italicum virum alienare vetuit. Igitur post eam legem latam dotalem fundum Provincialem pro lubitu ma-

(1) Legem hanc Juliam eamdem cum lege Julia & Papia fuisse statuit Jacobus Gothofredus ad *leg. Jul. & Pap.* 20. Verum hoc caput legi Juliæ *de adulteriis* Paulus diserte tribuit *recept. sent.* 21. 2. Proinde recte Gothofredus *in not. ibid.* suam sententiam deserit, ita suadente etiam inscriptione *l.* 2. 6. 13. 14. *ff. de fund. dot.*

maritus adhuc diſtrahere poterat. Proinde perperam poſt Cujacium Dion. Gothofredus *ad Theoph. h.t.* ſcribit, poſt legem Juliam, ne conſentiente quidem uxore, alienationem Provincialis prædii viro conceſſam. At qui factum inquies, ut in Provinciis ſita prædia viris alienare jus fuerit, neque eorum quoque reſpectu lex fœminis conſultum ierit. Nam ſat imperite quidam eo confugiunt, alienationem ſcilicet Provincialis prædii publico jure vetitam, quia in mancipio ipſius Reipublicæ id erat. Fundi enim Provincialis Quiritarium quidem dominium apud conjuges eſſe non poterat; dominium bonitarium tamen & apud conjuges erat, & in alios quocumque titulo recte transferebatur Bynkerskoek. *de reb. manc. 9.* Heineccius *in antiquit. Rom. h.t.* §. 9. prædii Provincialis alienationem vetari, mulieris non interfuiſſe, ſcribit; id enim ab emptore uſucapi non potuiſſe, ſi diſtractum foret a viro: ſoluto igitur matrimonio vindicationem ejus mulieri datam. Ab Heineccio haud abludit Otto *in præf. theſ. tom. 5. pag. 15. edit. Baſ.* Quod tamen eos advertiſſe vellem, ſi non uſucapio, certe longi temporis præſcriptio, prædio diſtracto per virum, mulieri repetenti fundum opponi in Provinciis potuiſſet. Vide, quæ ſupra diſſerui *lib. 2. t. 6.* §. *6.* Si quid igitur video, alienationem Italici fundi prohibitam ego putarim ob Italici prædii ſingulare pretium, & ingentiorem jacturam, quam eo amiſſo ſubiiſſet uxor; contra damnum Provincialis fundi levius pro divitiis temporum legiſlatori viſum, quam ut ejus alienatio prohibenda videretur. Lex enim id tantum cavere ſat habuit, quod damnoſius mulieri foret. Neque aliunde factum invenies, ut res dota-

tales fungibiles, & generatim mobiles omnes recte hodie distrahantur a viro *l.* 42. *ff. de jur. dot.*

IV. Personarum intuitu non solum alienare nequeunt, qui morbo, vitiove corporis curatori subesse jubentur, sed & bonis interdicti prodigi, filiique familias respectu bonorum, quorum ususfructus parenti quæritur *l. ult.* §. 5. *ff. de bon. quæ lib.* minores etiam, & impuberes, qui curatori, vel tutori subsunt *l.* 3. *C. de rest. in integr.* & §. 2. *h. t.* Verum enimvero curatorum consensu minores, tutorum auctoritate pupilli alienare non prohibentur, modo ne de rebus agatur, quorum alienatio sine decreto magistratus est interdicta. Rustica tantum prædia ejusmodi erant olim; verum Divus Constantinus eodem jure censeri jussit non solum urbana prædia, sed & res mobiles pretiosas, quæque servando servari possent *l.* 22. *C. de admin. tut.* Si res igitur ejusmodi fuerint, earum neque hodie consistet alienatio, nisi causa cognita decretum interponatur, *expedire pupillo alienationem iniri*. Vide de Ros. *in civil. decr. prax.* 7. *n.* 57. & *sequ.* Cum vero sine tutoris auctoritate pupillus res alias alienare nequeat, recte quidem Tribonianus infert §. 2. *h. t.* a pupillo sine auctoritate tutoris, pecunia data mutua, mutuum non contrahi, nec nummos accipientis fieri. Proinde, sicubi quidem extent seu penes tertium, seu penes debitorem ipsum, vindicari a pupillo poterunt: sin consumpti dicantur, siquidem bona fide, convalescet consumptione mutuum, utque alias in mutuo fieri amat, condictio inde certi nascitur *l.* 19. §. 1. *ff. de reb. cred.* sin mala fide, ad exhibendum agetur *l.* 11. §. *ult. ff. eod.* Licet enim hæc actio possessionem

alias in reo requirat, quæ tamen mala fide consumta dicuntur, poteſtate juris poſſideri cenſentur, cum pro poſſeſſione ſit dolus *l.*150. *ff. de reg.jur.* Sed iſthæc opportunius alibi.

V. Privata auctoritate denique prohibetur alienatio per pactum, vel teſtamentum. Verum enimvero effectu juris maxime quidem intereſt, pacto, an teſtamento alienatio interdicta dicatur. Si enim alienatio prohibita pactione fuerit, valet prohibitio quidem, quatenus tamen prohibere queat ipſa conventio. Proinde licet adverſus eum, qui contra conventionis leges alienarit, non denegetur actio, quatenus paciſcentis intereſt, rem alienatam haud eſſe *l.* 135. §. 3. *ff. de verb. obl.* cum per pacta tamen rerum dominia non transferantur, eis res alienari prohibitæ non ita quidem afficientur, ut earum dominium contra prohibitionem transferri nequeat *l.* 20. *C. de pact.* Secus tantum de pacto eſt, quo placuit, ne vendi liceat a debitore pignus. Cum enim pignus jus in re creditori pariat, contra conventionem irritam venditionem eſſe, eaque pignoris non transferri dominium, recte reſpondit Marcianus *in l.*7.§.2.*ff. de diſtract. pign.* Contra ubi res alienari prohibita teſtamento fuerit, ejus petitio adverſus tertium poſſeſſorem ei competet, in cujus gratiam alienatio interdicta dicetur *l. 69.* §. 3. *ff. de de. leg.* 2. Quæ ei ſane petitio non competeret, ſi alienatione contra teſtamentum facta, rei dominium transferri poſſet. Sed iſthæc alias: illud hic admonere præſtiterit, prohibitionem alienationis teſtamento factam ſine demonſtratione perſonæ, in cujus gratiam facta dicatur, inutilem cenſuiſſe Juriſconſultos: id enim nudum præceptum videba-

batur exitu quidem inutile vel eo nomine, quod ex eo nemini jus agendi nafceretur *l.* 114. §. 14. *ff. de leg.* 1..

VI. De iis hactenus commentati fumus, qui licet domini alienare nequeunt: de iis porro videndum, qui licet non domini rei dominium recte transferunt. Ejufmodi complures funt. Ut enim prætercam, tutores & curatores res impuberum, minorumve recte diftrahere feu cum decreto, feu fine decreto etiam, fi id res patiatur, creditores quoque, licet pignoris dominio careant, illud tamen alienare non prohibentur §. 1. *h. t.* Si fecus enim id effet, inutile pignus creditori foret: nam moras ufque nectendo debitor nunquam nomen expungeret. Proinde cum facultas ifthæc ab ipfa natura pignoris manare videatur, licet non convenerit de diftrahendo pignore, adhuc creditori licebit illud alienare. Quin quamvis etiam ab initio diferte placuerit, ne pignus vendi jus fit, adhuc diftrahi a creditore poterit, modo id ter denunciatum debitori fuerit *l.* 4. *ff. de pign. act.* At vero id procedet quidem, fi nulla fraus debitori fiat. Quapropter fi per fuppofitam perfonam pignus emptum a creditore fuerit, adhuc lui quidem a debitore poterit, & emptionis vitio caufa pignoris, vel fiduciæ finiri nequit Paul. *fent.* 2. 13. 4. & *l.* 10. *C. de diftr. pign.* Ceterum de pignoris diftractione conftitutionem fuam Juftinianus edidit *in l.* 3. *C. de jur. dom. imp.* eaque primum obfervari juffit, quæ de ejus diftractione pacti contrahentes forent: fi ea de re nihil diferte placuiffet, altero poft denunciationem anno alienandi pignoris creditori jus effe voluit: fi emptor non inveniretur, certum tempus debi-

tori præstitui jussit, intra quod pignus luendum esset. Intra id temporis laxamentum nisi lueretur a debitore pignus, creditorem a Principe postulare jussit facultatem possidendi pro domino; ea tamen concessa per Principem, adhuc intra biennium luere debitori pignus jus esse voluit; iis tandem exactis induciis, justum pignoris dominum creditorem haberi jussit. Sed ea de re desino plura, cum modus a Justiniano præscriptus hodie vix usquam obtineat. Apud nos certe seu creditori æstimatæ adjudicentur res pignori, aut hypothecæ subjectæ, seu subhastatæ licitatori addicantur, eas debitor intra biennium luere non potest, licet sortem, & usuras offerat. Illud admonere præstiterit, apud nos pignoris adjudicationem creditori factam ab ejusdem venditione sub hasta differre. Si enim in appellationis judicio pronunciatum pro debitore fuerit, is quidem rem adjudicatam a creditore reciperare potest, neutiquam vero rem sub hasta venditam, ejusque tantum pretium obtinebit. Id ita receptum oportuit ob hastæ fidem, utque licitatores facilius invenirentur. Proinde *pragmat.* 2. *de appellat.* executionem non impediri jubens, appellatione interposita a decreto M. C. *assistentiam* concedente, quam vocant, de adjudicatione tantum debet intelligi de Ros. *in civil. decret. prax.* 12. *n.* 119. Quod tamen ibidem de Rosa scribit post Vincentium de Franch. *decis.* 120. in subhastatione pretio sexta minori addici creditori pignus, ni melior offeratur debitori conditio, eam consuetudinem nusquam in jure probatam, & sat inhumanam etiam non admittit hodie fori praxis rectius instituta, modo ne secus singularia rerum adjuncta suadeant.

TI-

TITULUS IX.

Per quas personas cuique acquiritur.

Cum possit alter alterius instrumentum esse, & beneficio alios ipsa Natura devincire nos jubeat, jus quidem Gentium haud obsistit, quin per alterum alteri dominium, aut obligatio acquiratur, saltem ubi gestum ab altero tertius ratum habuerit. Nihil enim impedimento est, quominus ex alterius pactione jus petendi deferatur alteri; & aliunde promissor, licet stipulatoris haud intersit, promissi fidem cuicumque pactam exolvere debet, nisi improbus videri velit. Inde factum, ut Respublicæ, & Civitates, quæ inter se nudo Gentium jure reguntur, ratas haberi jubeant pactiones, quas aliis aliæ paciscuntur, cujusmodi pacta in fœderibus haud ignota. Ita sane inter Galliam & Sabaudiam convenit in pacis legibus, ut Hispanis pactionis quidem ignaris *copias in Sequanos*, *Belgicamque trans Rhodani pontem ducere liceret* Grot. 9. *hist. Belgic. in fin.* Prætereo, quod Civitates quoque non desunt, quarum moribus pacta in aliorum gratiam inita rata censentur. Vid. Hertium *ad Pufendorf. de jur. Nat. & Gent.* 3. 9. 5. Verum enimvero Romani veteres, seu ut rerum suarum accuratius quisque satageret, seu vt uberior litium seges præcideretur, alterum alteri acquirere noluerunt. Aliunde sat importunus videri potuisset actor, qui otio suo in alienam molestiam abuteretur, &, ubi sua non interesset, negotium sibi, aliisque facesseret.

II. Enimvero licet juris antiqui rigor nego-

tiis expediendis eo nomine videretur infestior, cum tamen contrahentes haud raro contractibus interesse non possent, ipsa commercii ratio a Jurisconsultis expressit, ut subtilitate subtilitatem eluderent, & obliqua veluti via per vicariam procuratorum operam dominii acquisitio reciperetur in Civitatem. Civilis igitur ac naturalis acquisitionis excogitato discrimine, quædam civiliter, ac veluti ministerio juris, quædam naturaliter, ac facto hominis, acquiri docuerunt: quæ ministerio juris acquirerentur, per semet quemque parare sibi oportere statuerunt; quæ vero facto hominis, per quemlibet volentibus nobis acquiri posse pronunciarunt *l.* 53. *ff. de acquir. rer. dom.* Quapropter cum possessio facti quid esset, quippe quæ naturaliter acquiri posse videbatur, recepto semel, per procuratorem eam acquiri posse, consequentia veluti naturali per eumdem quoque dominium statim parari docuerunt, ut ipsemet Ulpianus infert *in l.* 20. §. 2. *ff. eod.* Necessario enim sequi videbatur, ut per procuratorem nostro nomine possessione quæsita, per consequentiam possessionis in nos quoque dominium transferretur in aperta domini voluntate rem suam in alterum transferre volentis. Atque ita quidem eurematicis Jurisconsultorum invaluit, ut per procuratorem possessio, ac dominium quoque, tamquam possessionis accessio, parari posset §. *6. h. t.* Verum inde fiebat, ut dominium quidem, non vero obligatio per procuratorem acquiri posset. Proinde viam excogitarunt Jurisconsulti, qua per procuratorum operam obligatio quoque acquireretur. Id facile fieri posse videbatur, si obligationis cessio a procuratore fieret, in cujus persona ea primum hæsisset *l.*

49.

49. §. 2. *ff. de acquir. possess.* Quod tamen diximus, per procuratorem parari posse dominium, id quidem procedet, si res tradita fuerit a domino; si enim dominus non fuerit, qui rem procuratori nostro dominii transferendi causa tradiderit, non dominium quidem, sed jus usucapiendi tantum per eum acquirimus. Illud tamen interest inter utrumque, quod nobis etiam ignorantibus dominium per procuratorem parari queat *l.* 13. *ff. de acquir. rer. dom.* jus vero usucapiendi per procuratorem nancisci non possumus, nisi traditionem resciverimus ei factam *l.* 1. *C. de aquir. poss.* Nam sine bona fide non procedit usucapio: atqui traditionem ignorans bonam, aut malam fidem habere nequit.

III. Jam vero licet, si a procuratore discesseris, ita comparatum jus civile foret, ut alteri per alterum acquiri non pateretur, potestas tamen qua maritalis, qua patria, ac dominica faciebat, ut quicquid nancíscerentur uxores, filii, servi, patrifamilias olim promiscue acquireretur. Et servi quidem jure quoque novissimo, quicquid in peculio habent seu unciatim ex demenso suo paratum, seu legatis, ac stipulationibus, seu ex aliorum liberalitate quaesitum, nolentibus etiam, & invitis dominis generatim acquirunt §. 3. *h. t.* Nam ipsa potestatis ratio pati non potest, ut vel momento temporis obligatio, aut dominium quaesitum consistat in servo. Primo enim eum, qui alterius potestati subest, proprii quidpiam habere jus vetat *l.* 10. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom.* Deinde cum e jure civili dominium manet, per se quidem servus juris civilis expers dominium nancisci non posset: consistit quidem ejus acquisitio, quia

 tan-

tantisper personam mutuatur a domino; post acquisitionem tamen, persona domino veluti restituta, quicquid quæsitum fuerit, eo confestim migrat, quo persona remeat. Solam hereditatem domino per servum acquiri non placuit, nisi eam jussu domini servus adiret: alias, cum æri alieno, & ceteris oneribus hereditariis obstringatur heres, periculum erat, ne servi facto deterior domini conditio fieret §. 3. *h. t.* At vero in uxoribus, filiisque familias a veteri jure descitum. Uxores enim, ex quo per conventionem in manum exolevere nuptiæ, viris desierunt acquirere: tantum si ambigatur, unde quid ad uxorem pervenerit, nec demonstretur, unde habeat, ad evitandam turpis quæstus suspicionem ad eam pervenisse existimatur a viro *l.* 51. *ff. de don. int. vir. & ux.* Filii quoque familias, ex quo Rempublicam invasere Principes, paulatim imminuto parentum imperio, plura sibi cœperunt acquirere pro diversitate peculiorum, de quibus accurate videndum.

IV. Principio peculium definiri queat, quod *jussu parentis, aut legis filiofamilias conceditur a paternis rationibus separatum, eo deducto tamen, quod ipsi parenti debetur l. 9. §. 2. ff. de pec.* Illud dictum existimat Ulpianus *in l.* 5. §. 3. *ff. eod.* quasi *pusillum patrimonium*. Id tamen Stoicam sapit allusionem. Peculium enim ὑποκοριστικῶς dictum existimari malim, quasi *pusillum pecudum*. Siquidem a vero haud abludit, parentes ab initio olim ad liberorum industriam excitandam cuique filio pusillam gregis partem peculiariter curandam dedisse, ut inter studia promerendæ paternæ laudis strenue rem quisque agendo parentum

tum commodis impensius inservirent. Unde unde tamen sit origo vocabulo, peculium filiorum olim unius generis erat, nec a servili diversum. Proinde seu domi, seu belli partum, seu matris, & amicorum liberalitate quæsitum, sine discrimine in arbitrio parentum erat. Inde factum, ut, licet per constitutiones Principum peculium castrense, vel quasi castrense, ad ipsos filiosfamilias pertinere placuerit, peculium paganum tamen, nisi præcipuum legatum foret, patre mortuo, fratribus conferri oporteret *l.* 13. *C. de collat.* Ceterum ut in aliis plerisque capitibus, valescente unius imperio, patria majestas fuit accisa, ita & jus acquirendi per liberos tantum non omnino parentibus fuit ademptum. Nimirum jure novissimo peculium non unius est generis; aliud *castrense*, aliud *quasi castrense*, aliud *adventitium*, aliud *profectitium* appellatur: in omnia non omnia, ut olim, parenti licent, ac pro cujusque diversitate diverse responsitandum. Juvabit igitur in eorum initia tantisper excurrere, & cujusque proprietatem exequi.

V. Principio igitur cum sub unius imperio, tepescente patriæ caritate, segnius pro Republica depugnarent adolescentes, nec temere sacramento se quispiam adigi pateretur, ubi stipendia potius pro impotentium hominum principatu, & in civium internecionem, quam ad proferendos imperii fines conficienda forent, nihil omisere partium duces, ut lubentius tirones delectui nomen darent. Quapropter Julius Cæsar fortasse primus (& is enim, ut milites ad se conciret, libera testamenti factione, & scrupulosis juris solemnibus haud obnoxia, filiosfamilias uti jussit *l.* 1. *ff. de test. milit.*) ad

ad tirones sacramento facilius obligandos filiosfamilias in castrensi peculio patrumfamilias jure censeri voluit. Verum quoquo sub Principe peculii hujus incunabula statuenda sint, exploratum est illud, sub Nerone, ejusque etiam decessore Claudio, ad filiosfamilias castrense peculium pleno jure pertinuisse. Ejus enim rei diserte meminit Juvenalis eorum æqualis *sat. ult.* Ejusmodi porro erat, quicquid a parentibus, ceterisve cognatis in militia agenti donatum esset, quodque in militia filius quæsivisset, modo ipsius militiæ occasione quæsitum esset: quod enim & sine militia quæsiturus fuisset, castrense peculium non videbatur *l.* 11. *ff. de castr. pec.*

VI. Eodem cum castrensi jure peculium quasi castrense censeri placuit. Cum enim sub Principatu Epicurea deliramenta se Romæ quam plurimis commendassent, ac liberalium artium labores adolescentes vulgo defugerent, ad eorum industriam excitandam cavere Principes, ut quicquid inermi militia nacti filiifamilias essent seu patrocinio causarum, seu professione scientiarum, seu publicorum officiorum emolumentis, pleno jure ad ipsos etiam pertineret §. *ult. inst. de mil. test.* Hujus vero peculii sat antiqua institutio, ejusque mentio in pandectis haud infrequens. Proinde ingenio suo plus æquo indulsisse putarim Franciscum Balduinum *Justinian. libr.* 3. existimantem, profluxisse e Triboniani cerebro, quæcumque pandectarum loca de peculio quasi castrensi supersunt. Neque enim generatim asserendum id fuerat, licet de quibusdam verum videri queat. Instar omnium tibi esto Papiniani locus *in l.* 52. §. 8. *ff. pro soc.* ubi nulla quidem interpolationis occasio.

Vid.

Vid. Schulting. *ad Paul. sent.* 5. 9. 4. Ceterum jure Antejustinianeo inter utrumque peculium illud intererat, quod de peculio castrensi quidem filiifamilias pro arbitrio statuere poterant non contractibus inter vivos tantum, sed testamento quoque; at peculii quasi castrensis plena quidem proprietas, ejusque libera administratio tantum inter vivos ad filiosfamilias pertinebat, de eodem tamen testari non poterant, nisi in eminentiori dignitatis gradu constituti forent §. *6. inst. de milit. test.* Verum liberalior more suo Justinianus de peculio quasi castrensi promiscue omnibus testari concessit *l.* 37. *C. de inoff. test.*

VII. Atque hæc una peculia filiis addixere Principes ad Constantinum usque: si quid aliunde paratum esset, sine discrimine patri quærebatur. Species enim *in l.*50. *ff. ad Senatusc. Trebellian.* & *l.* 52. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* secus decisæ quidem per Hadrianum, ac Divum Pium, singularem rationem habent, neque ordinarium jus complectuntur, ut recte advertit Noodt. *de usufr.*2.4. Verum sub Christianis Imperatoribus tertium peculii genus evaluit a paternis etiam rationibus separatum, quod *adventitium* doctores appellitant. Primo enim injurium Constantino visum, bona materna per liberos patri quæri, in eisque ex alia matre prognatos, aut extraneos etiam a patre præferri posse. Proinde ne quid tale liberis aliquando contingeret, is primus *l.* 1. *C. Theod. de bon. mat.* bonorum maternorum proprietatem ad filios pertinere jussit, usufructu tantum patri relicto. Eo prodito per Constantinum exemplo, ulterius progressi Gratianus, Valentinianus, ac Theodosius, quod de bonis maternis ille con-

constituit, ad omnia bona materni generis extendi jusserunt *l. 7. C. Theod. eod.* At ultra processerunt adhuc Theodosius, ac Valentinianus, eodem jure censeri jussis, quæ conjugibus in potestate positis a conjugibus collata forent *l. 1. C. de bon. quæ lib.* idque de sponsis etiam intelligi voluerunt Leo, & Anthemius *l.5.C. eod.* Denique Justinianus modum in ea re omnem egressus, unde unde quid filius quæsivisset seu amicorum liberalitate, seu fortunæ beneficio, seu labore suo, & generatim adventitiorum omnium, quæ a patre profecta non forent, proprietatem ad liberos pertinere jussit, ususfructu tantum parenti relicto *l. 6. C. eod.* Parenti id tantum indulsit, ne ceterorum fructuariorum exemplo cautionem fructuariam præstare cogeretur *l. ult. §. 4. C. eod.* Ceterum ex dictis sat, puto, liquet, in solum peculium profectitium jure novissimo parenti jus vetus esse. Ejusmodi erit, quidquid aut ab ipso patre, aut patris intuitu in liberos collatum fuerit *arg. l. 45. §. ult. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Ejus igitur patre quidem vivo sola liberis relinquitur administratio; eo mortuo tamen ceteris fratribus in potestate retentis conferendum erit *§.1. inst. h.t.* Verum & ex eo peculio illud in filium emolumenti manat, quod, nisi diserte in emancipatione fuerit ademptum, emancipatum tacite sequitur *l.31. §.2. ff. de don.* ac bonis patris publicatis filio separatur *l. 3. §. 4. ff. de min.*

VIII. At vero jure novissimo peculium adventitium duplex est: alterum *ordinarium*, seu minus *plenum*; alterum *extraordinarium*, seu *plenum* a doctoribus dici solet. Ordinarium appellatur, cujus ex regulis juris antiqui proprietas quidem

est

est penes liberos, usufructus vero pertinet ad parentes. Extraordinarium dicitur, cujus & proprietas, & usufructus liberis deferri jubetur. Jure Antejustinianeo quidem id rarius contingebat olim, veluti in specie *l.* 50. *ff. ad Senatusconf. Trebell.* verum jure Justinianeo haud infrequenter peculii adventitii proprietas una cum usufructu liberis defertur. Siquidem eo jure censeri placuit res filiisfamilias a Principe, vel Augusta donatas *l.* 7. *C. de bon. quæ lib.* hereditates renuente patre a liberis aditas *l. ult.* §. 1. *C. de usufr.* res ab ascendente relictas, aut datas sub ea lege, ne usufructus pertineret ad patrem *novell.* 117. *c.* 1. hereditatem fratris, aut sororis, ad quam una cum parentibus filiifamilias admittuntur *novell.* 118. *c.* 2. atque ea denique, quæ liberis deferuntur, si parentes divertant ex causis in jure non definitis *novell.* 134. *c.* 1. Illud quoque contra jus vetus de peculio adventitio constitutum a Justiniano fuit *l.* 6. §. 3. *C. de bon. quæ lib.* ut nisi diserte privilegio renunciatum esset, emancipato filio, dimidium usufructus adventitiorum omnium parentibus deberetur; licet olim filium pater emancipans tertiam proprietatis adventitiorum partem, tamquam emancipationis pretium, retineret *l.* 1. *C. de bon. mat.*

TITULUS X.

De testamentis ordinandis.

AD singulares etiam acquirendi modos legata, & fideicommissa pertinent. Proinde ut materia isthæc semel absolveretur, ratio quidem ordi-

dinis postulare videbatur; ut protinus de legatis, ac fideicommissis commentaretur hic Imperator. Verum aliter is quidem, nec inconcinne fortasse, rationes init. Cum enim hereditas per universitatem sit acquirendi modus, ex eaque legata, & fideicommissa plerumque præstentur, singularium acquirendi modorum disputatione tantisper omissa, universales hic acquirendi modos interserit §.7. *per quas pers. cuiq. acquir.* Ita enim expeditior via muniri posse videbatur ad legatorum, ac fideicommissorum ambages facilius resolvendas. Universales autem acquirendi modi complusculi erant olim: ejusmodi sane erant successio in obærati bona, redactio adulteræ mulieris in servitutem, uxoris in manum viri conventio, fisci successio in bona damnatorum, eorumve, qui sine heredibus decessissent, hereditas, bonorum possessio, arrogatio denique, ac libertatum servandarum causa bonorum addictio. Licet vero tantum postremos quatuor obtinere jusserit Imperator *d.§.7. per quas person. cuiq. acquir.* eorum tamen celeberrimus, & fere unice usum habens hodie hereditas est. Hereditas vero deferri vel testamento, vel ab intestato potest. Inde vulgata hereditatis divisio in *testamentariam*, & *legitimam*: illa testatoris judicio, hæc legis jussu defertur. Cum vero potiorem heredis testamentarii, quam legitimi causam haberi placuerit, testatoris in testamento judicium legibus derogat de intestatorum hereditate latis. Id cautum oportuit, ut liber stilus supremæ voluntatis esset, & licitum, quod iterum non rediret, arbitrium. Recte igitur Imperator hunc universalem acquirendi modum enarraturus testamentariam hereditatem prius edisserit: ea vero cum testamento deferatur, primum

mum omnium de testamentis ordinandis (1) cum Imperatore videbimus.

II. Testamentum, & ex eo successiones juris Gentium esse passim hactenus asseruere doctores. Verum enimvero cum dominium jure Gentium possessione quæratur, eaque remissa dominium occupanti cedat, possessione in persona defuncti cum fato mortalitatis extincta, non videtur in heredem transferri posse dominium, quod interceptum statim cum defuncti possessione fuerit. Nimirum cum jus Gentium ne ad vitam quidem proprium dominium cuiquam concedat, & res occupatas in pristinam caussam redire jubeat, si possessio fuerit amissa, jacens hereditas occupanti cessura foret, nisi jus Civile heredi dominium tueretur. Pristina enim rerum causa communis est jure primævo, neque hujus dumtaxat ætatis hominibus, sed & mox nascituris terrarum orbis est destinatus, cum Natura singulis industriæ præmia proposuerit. Ea quidem succedendi, seu potius occupandi ratio maximas turbas exciret in Civitate: præsto igitur jus civile fuit, atque in rebus hereditariis occupandis heredis causam potiorem haberi jussit. Quapropter cum sine legis auxilio heredis nullum jus præcipuum in hereditate futurum esset, testamentum, & ex eo successiones potius ex jure civili manasse crediderim. Conf. Bynkersh. *observat.* 2.2. Aliunde si quid juris in heredem transire jure Gentium testamento posset, id in eum transferri oporteret aut

(1) Ordinari dicuntur testamenta, quæ rite fiunt, eaque loquendi formula & in jure sat frequens *l.* 2. *C. de codic.* & ab exteris etiam auctoribus usurpatur Sen. *de benef.* 4. 11. Ammian. Marcell. 28.

aut vivo testatore quidem, aut eo jam mortuo: illud absurdum est fingi, cum ne intelligi quidem possit viventis hereditas, & ipse, se vivo, testator jus aliquod in heredem transferri nolit; hoc vero ipsa rerum Natura fieri non patitur, cum testator extrema necessitate defunctus jus in quempiam transferre nequeat, quo ipsemet per mortem exciderit.

III. Enimvero isthæc reputans fortasse Grotius *de jur. bell. & pac.* 2. 6. 14. testamentum cum jure Naturæ non alia ratione censuit in concordiam revocari posse, quam appingendo vocabulo notionem plane diversam, per testamentum intelligendo scilicet alienationem in mortis eventum, retenta interim possessione rerum, ac plenissimo fruendi jure. Leibnitius quoque vir ingenii sagacissimi *in nov. method. Jurispr. pag.* 56. testamentum ex jure Gentium non aliter tueri se posse credidit, quam ut testatores ob animorum immortalitatem rerum suarum dominos manere fingeret, heredes vero tamquam procuratores in rem suam concipiendos existimaret. Prætereo, quod apud vetustissimos mortalium testamenta prorsus ignota, & apud ipsos Athenienses Solonis ætate tandem innotuerunt Plutarch. *in Solon.* Apud Spartanos etiam primus Epitadeus Ephorus invexit testandi licentiam, eodem Plutarcho teste *in Agid. & Cleom.* & veteribus Germanis heredes sui cuique liberi, nullum testamentum Tacit. *de morib. Germ.* 20. Ipsi Jurisconsulti Romani testamentum juris civilis figmentum esse sat agnoverunt, nec sine sexcentis fictionibus jus heredis tueri se posse putarunt. Primo enim fictione juris momentum testamenti cum momento mortis jungi pronun-

nunciarunt; deinde momentum hereditatis aditæ ad momentum mortis retrotrahi statuerunt. Quæ sane non alio pertinebant, quam ut testator eodem momento mortis fingi posset, heredi bona sua tradere, & ab eo heres vicissim accipere. Conf. Gothofred. de Cocc. *in diss. de test. princip.* §. 24. Quin & vetustissimis rei Romanæ temporibus publico Civitatis jure testamenta improbata crediderim. Cum enim exemplo Lycurgi Romulus æquas agrorum partes unicuique familiæ addixisset, easque, ne cui dedecori foret inopia, apud quamque familiam perpetuo jussisset esse Dionys. Halicarn. 2. 3. novis colonis testamenti factionem ademptam oportuit, ne quando agri testatorum arbitrio contra jus publicum in alienas familias transferrentur. Conf. Montesquieum *esprit des loix livre* 27.

IV. Ceterum licet ab Urbe fortasse condita vetita olim testamenta fuerint, Jurisconsulti tamen novi juris callidi repertores eo rem perduxerunt, ut ab ejectis Regibus duo testamentorum genera statim evaluerint, quorum alterum in pace, alterum a militibus prodituris ad prælium in procinctu fieret §. 1. *inst. h. t.* In pace igitur testamentum fiebat olim in calatis comitiis, solemnibus rogationis verbis adhibitis, tamquam si jubenda lex esset; *velitis, jubeatis Quirites, uti L. Valerius L. Titio tam jure, legeque heres sibi siet, quam si ejus filius esset.* Comitiorum vero solemnitas eo pertinebat, ne contra jus publicum, seu legem agrariam ad extraneos redire videretur hereditas. Scilicet, ut supra præcepimus, veteri lege Romuli cum ipsa Urbe prognata ad familiæ proximos avita prædia redire jube-

 ban-

bantur. Cum vero jus publicum privatorum arbitrio mutari non posset, exitu futurum erat inutile, si quid secus cavisset testamento testator. Si quis igitur malignum foveret de sanguine suo judicium, præsto ei Jurisconsulti erant, ac testamentum per populi comitia firmari curabant, ut nova veluti lege proximis adimi censeretur hereditas; heres vero in comitiis nuncupatus potius jussu populi, quam testatoris libidine videretur ascitus. Haud absimiles artes ad tuenda testamenta militum in procinctu facta. Cum enim ejusmodi testamenta in cinctu Gabino fierent, eoque sumpto in re trepida milites devoti Diis manibus pro incolumitate Quiritium crederentur, eorum extrema voluntas pro lege videbatur habenda, qui publico luendo periculo piaculum facti forent. Verum testamenta isthæc rariora erant, nec nisi in præsentissimo mortis periculo fieri solebant Plutarch. *in Coriolan.*

V. Verum enimvero non diu Romæ uterque testandi ritus obtinuit. Et testamenta quidem in procinctu pridem ante Ciceronis ævum exoleverunt, ut ipse testatur *de nat. Deor.* 2. 3. Citius adhuc exolevisse videntur testamenta in comitiis fieri solita. Cum enim Decemvirali carmine libera testamenti factio patrifamilias concessa foret, nemo sanus voluntatem suam e populi suffragiis pendere voluisset, cum privatim domi pro lubitu testari posset. Igitur Decemvirali jure perlato aliud testamentum evaluit, quod ob solemnia mancipationis adhibita *per æs, & libram* fieri dicebatur. In eo, scriptis a testatore tabulis, præsentes aderant familiæ, seu hereditatis emptor, antestatus, libripens, ac imago populi Romani testes rogati quinque, quibus præsentibus emptori familiæ he-

re-

redem repræsentanti mancipari fingebatur hereditas, ut eam potius emptionis titulo, quam hereditario jure nancisci videretur. His rite perfectis, a testatore, veluti voluntatem suam ratam esse jubente, ita nuncupatio testamenti fiebat: *hæc uti in his tabulis, cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium præbitote* Ulpian. *fragm.* 20. 9.

VI. Porro hoc quoque testamenti genus a Jurisconsultis fuisse videtur excogitatum, eoque collineabat, ut impune jus publicum patresfamilias ludificari possent. Licet enim libera testandi facultas concessa videretur Decemvirali carmine, *paterfamilias uti legassit super pecunia, tutelave sua, ita jus esto*; id tamen duodecim tabularum caput, ne qua legi agrariæ aliquando fraus fieret, ita interpretatum existimarim, ut libere quidem testari quis posset, modo tamen sine agnatorum injuria, neu avita prædia extra familiam transferrentur. Eo potissimum pertinere putarim Pomponii locum *in l.* 120. *ff. de verb. signif. verbis duodecim tabularum latissima potestas tributa videtur heredis instituendi; sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate jura constituentium*. Simile quidpiam apud Hebræos obtinuit. Siquidem contra jus vetus apud eos recepta testamenti licentia, ex Magistrorum interpretatione tamen intra familiam tantum testari quis posse videbatur Selden. *de success. ad leg. Hebr. c.* 6. Cum igitur jure Publico in alienas familias avita prædia transferri testamento non possent, præsto testatoribus Jurisconsulti erant, eorumque eurematicis mancipatio testamentis adjecta, ut vendi potius, quam testamento transferri in extraneos avi-

ta familiæ prædia viderentur. Eadem vero opera vetus etiam in comitiis testamentum imitabantur. Nam quinque testes quinque potiores populi classes repræsentabant; nuncupatio vero testamenti veterem populi rogationem præseferebat. Ceterum hujus testamenti fatum sat diuturnum: nam suo adhuc ævo usurpari solitum scribit Ulpianus *fragm.* 20. 2. Proinde ratio Gothofredum haud fugit ad *l.* 1. *C. Theod. de testam. & codic.* existimantem, sub Theodosio juniore tandem ejusmodi testandi ritum exolevisse.

VII. Valescente testandi ritu per æs, & libram, aliud ex Prætoris edicto testamenti genus evaluit. Ut enim alias scrupolosa juris solemnia, ac legum asperitatem neglexit edicto Prætor, ita in re testamentaria naturalem simplicitatem amplexus edixit, bonorum possessionem secundum testamenti tabulas se daturum, si septem testium signis munitæ forent; eaque pars edicti Ciceronis ævo tralatitia jam videbatur, ut constat ex 1. *in Verr.* 45. Igitur jure Prætorio nec mancipatio, nec nuncupatio requirebatur in testamento: Prætor enim tantum septem testium signa ex jure civili retinuit. Nam licet in testamento civili quinque testes sufficere viderentur, duos alios requirebat edicto Prætor, qui libripendem, & antestatum repræsentarent. Prætorium vero testamentum celeberrimo quidem in usu erat; cum tamen destitueretur auctoritate legum, ex eo non hereditas, sed tantum bonorum possessio dari posse videbatur. Sane bonorum possessio juris quidem effectu ab hereditate non discrepabat, exitu tamen inutilis, & sine re sæpiuscule erat, si qui hereditatem evincere jure civili possent, aut ipso edicto

po-

potiores haberi juberentur. Conf. quæ infra disseram *libr.* 3. *tit.* 10.

VIII. Cum igitur testamentum per æs & libram scrupulosas solemnitates complecteretur, Prætorium vero jus incertum in heredem transmitteret, jure novissimo jam a Theodosii junioris ævo, ut Jacobo Gothofredo visum ad *l.* 1. *C. Theod. de testam. & cod.* tertium testamenti genus invaluit. Id, quatenus scripturam desiderat, *scriptum* dici solet; quatenus ignoratur heres in eo scriptus, *mysticum* appellatur: vocatur & *mistum*, quia quædam ex jure civili, quædam ex Prætoris edicto, quædam adhuc ex Principum constitutionibus eo migrarunt. Eo autem ritu quis recte testabitur, si coram septem testibus speciatim rogatis supremam judicii sui contestationem uno contextu peragat, eosque testamenti tabulas subscribere, ac signare jubeat. Hoc plus; ipse testator, ejusve nomine testis octavus subscribere testamento debet *l.* 21. *C. de testam.* Verum subscriptio isthæc in testamento ὀλογράφῳ, quod scilicet ab ipso scriptum testatore fuerit, impune negligitur, modo testes subscripserint *l.* 28. *C. eod.* Rogati igitur in ejusmodi testamento testes, eorumque præsentia ex jure civili manant. Nam sine rogatione civium, qui præsentes essent, in comitiis olim heres ascisci non poterat. Indidem & unus contextus oritur, quia in comitiis interruptis nil quidquam credebatur actum. Contra ex Principum constitutionibus subscriptio testatoris, testiumque manat. Testium signa denique ex jure sunt honorario. Vide doctores ad §. 3. *h. t.* At vero solemnia isthæc remissa sunt iis, qui sine scripto testari velint. Quemadmodum enim olim edicto

Prætor bonorum possessionem dabat heredi coram septem testibus propalam nuncupato *l.* 8. §. 2. *ff. de bon. poss. sec. tab.* ita constitutionibus Principum ratam haberi placuit voluntatem ejus, qui, septem testibus præsentibus, ac diserte rogatis, heredem voce nuncuparet §. 14. *h. t.* Hoc vero testamentum frequentioris est usus hodie, & *nuncupativum*, seu *apertum* dici solet, quia eo propalam nuncupatur heres. Licet vero ejusmodi testamentum, quod vulgo fieri amat, tabellionum opera memoriæ causa redigatur in scriptum, nuncupativum tamen esse non desinit. Ceterum in nuncupativo testamento palam heredem nuncupandum monet Jurisconsultus *in l.* 21. *ff. qui test. fac. poss.* proinde nuncupatio heredis per relationem ad schedulam jure civili non videtur admitti. Verum fori praxis heredem per relationem ad schedulam nuncupari patitur, si per eam certo constet de voluntate defuncti. Vid. Schilt. *exerc.* 38. §. 43.

IX. Adhibentur autem testamento testes non nudæ probationis causa, sed ut negotium testamentarium rite consistat: alias enim ad nudam rei probationem testes vel duo sufficiunt *l.* 12. *ff. de test.* Neque vero promiscue omnes testamento testes adesse possunt. Justum in testamento testimonium dumtaxat eorum esse jubet Imperator §. 6. *h. t. cum quibus testamenti factio est.* Verum verba isthæc rem sua sponte incertam incertiorem faciunt. Adhuc enim addubitari queat, quibuscum in hoc argumento sit testamenti factio. Nodum Theophilus aggressus est solvere *in paraphr. h. t.* §. 6. cum eis esse testamenti factionem interpretatus, οἱ τινες ὑφ' ἡμων δυνανται κληρονομοι γραφεσθαι, ἢ γράφειν ἡμας. *qui a nobis heredes scribi, aut scribere*

bere nos possunt. Verùm aperte falsus est ibi paraphrastes, neque usquam nugas majores egit. Nam impubes, furiosus, mutus recte quidem scribuntur heredes, testes tamen advocari nequeunt: mulieres etiam rite testantur, testes tamen adhiberi non possunt. Proinde rem divinasse putarim Ottonem ad *inst. h.t.* & ad Vinnium Heineccium existimantes, testamenti factionem esse cum illis hic dici, qui comitiis interesse possent. Neque vero regeras, ex Imperatoris verbis ejusmodi sententiam exsculpi non posse: novo enim loquendi ritu cum illis esse testamenti factionem dixit Imperator, coram quibus in comitiis olim testamentum cives facere possent. Ita quidem constabunt omnia, ac facile rationem reddes, cur mulier, impubes, servus, furiosus, mutus, surdus, cæcus, prodigus, ac generatim improbi, & intestabiles omnes a dicendo in testamento testimonio arceantur: hi enim omnes comitiorum erant expertes. Ceterum conditio testium spectatur testamenti tempore: proinde si mortis, aut aditionis tempore deterior ea fiat, heredi non oberit *l.* 22. §. 1. *ff. qui testam. fac. poss.* Quin licet testamenti tempore injustus testis adfuerit, præter juris rigorem liberaliores Principes testamentum ratum haberi voluerunt, modo testi nullum inesse vitium publice crederetur, quo tempore testis advocabatur §. 9. *h. t.* Id quidem privilegium ratio publicæ utilitatis expressit, ne testamenta sæpius infirmarentur, si detectum personæ vitium eis officeret. Hinc fortasse argumento petito respondit Ulpianus *in l.* 3. *ff. de off. Præt.* reprobari non oportere, quæ decreverit servus fugitivus Præturam per fraudem adeptus.

X. Quod ad heredis testimonium, eorumve, qui ei potestatis vinculo conjuncti forent, diversum jus fuerat olim pro diverso testandi ritu. Prætorio testamento quidem ejusmodi personas testes adhiberi vetuit edicto Prætor, ne domesticum testimonium cuiquam prodesse videretur *l.20. princ. q i test. fac. poss.* Secus erat in testamento civili p r æs & libram ordinari solito. In eo scilicet, cum negotium testamentarium geri fingeretur cum emptore familiæ, qui alius ab hærede erat, familiæ quidem emptor, eique potestate conjuncti testes advocari non poterant; contra cum ex ejusmodi testamento plerumque ignoraretur heres, neque heres, neque ei potestate conjuncti testes esse prohibebantur: quamquam minus verecunde videretur agere, qui sciens, heredem testamento se scriptum, jure sibi concesso uteretur, seque de testimonio excusarent, qui vellent pudori suo consulere. Id ipsum tamen mali moris Justiniano visum; proinde vetuit constitutione sua, ne heres, eive potestate conjunctus testamento testis advocari posset §.10.*h.t.* Verum cum in solo testamento per æs & libram heredis testimonium passi sint veteres, idque, ut supra præcepimus, a Theodosii junioris ævo exoleverit, operam Imperator videtur abusus ejusmodi testimonio interdicendo. Id enim pridem respuere mores, ex quo exolescente testamento civili, mistum increbuit, atque, abolitis mancipationibus, negotium testamentarium cum ipso herede cœptum est agi. Ceterum heredis quidem testimonium vetari oportebat, quia, cum universi juris aperte successor esset, diversus a testatore non videbatur. Proinde cum legatarius, eive potestate conjuncti universi juris successores haud sint, testes

stes adhiberi non prohibentur *l.20. ff. qui testam. fac. poss.*

XI. Porro cum muneris sui peritiam quisque repromittere videatur, ac maxime momentosa res sit testamentum, falsitatis pœnam tabelliones haud effugient, quorum negligentia testamenti solemnia fuerint omissa *l.29. C. de testam.* Quod tamen hic adverti velim, humanitate Principum testamenta quædam non rite facta pro justis haberi placuit. Primo enim si quis extremum arbitrium supplici libello descripserit, eoque Principi oblato roget, ut libellus in sacra scrinia recipiatur, ea contestatio voluntatis justi testamenti jure censebitur, ubi in scrinia Principis recepta fuerit *l.19. C.eod.* Idem juris erit, si quis voluntatem suam, quam supremam esse testetur, judici, aut municipio offerat, & in acta publica referri petat. Ejusmodi enim scriptura, ut cetera monumenta publica, licet testibus, eorumve subscriptionibus non muniatur, perpetuam firmitatem habebit *d. l.19. C. eod.* Vide Donell. *comment. 6. 6.* Rusticis quoque numerum, ac subscriptiones testium remitti jussit Justinianus, modo & testes quinque pauciores haud essent, &, si qui illiterati forent, eorum nomine testamento subscriberent, qui literas non ignorarent *l.31. C. eod.* Præterea Theodosius ac Valentinianus posterius testamentum, in quo legitimi scripti forent heredes, testibus non minus quinque subscriptum priori licet perfecto derogare jusserunt *l. 21. C. eod.* Denique & in testamento parentis inter liberos vix ulla solemnitate opus, modo de parentis voluntate constet seu scriptura, si scriptum sit testamentum, seu per testes duos, si heredes voce sint nuncupati. Id tamen privilegium

gium ad ſolos liberos extendi placuit; proinde ſi extranei heredes liberis admiſſi fuerint, pars eis adjecta liberis jubetur accreſcere *d. l.* 21. §. 1. *C. eod.*

XII. Quodcumque ſit teſtamentum, ſi nullo certo vitio laboret, jure civili promptam exequutionem habet *l.* 3. *C. de edict. Div. Hadr. toll.* Cum tamen *pragm.* 2. *de contract.* codicillos, teſtamenta, contractus per notarios ſcribi jubeat, apud nos teſtamenta paratam exequutionem haud habent, niſi per Regios notarios conſcripta fuerint. Proinde teſtamentis a notariis Apoſtolicis, aut ab ipſo teſtatore conſcriptis, *præmbulum* non expeditur in Regno, niſi prævio termino, quem *ſummarium* vocant, vera comperta fuerit teſtamenti ſcriptura Marad. *in obſervat. ad ſingul.* 175. *n.* 4. *& ſequent.* Ceterum cum fraudes nuſquam facilius, quam in teſtamenta poſſint obrepere, & aliunde exitum habere oporteat hominum ſuprema judicia, utrumque cavens edicto Prætor teſtamenta ſolemniter aperiri, ac publicari juſſit, ſignatoribus omnibus, aut certe pleriſque convenientibus *l. 6. ff. teſtam. quemadmod. aper.* Quod ſi quis ipſorum abeſſet, ad eum tabulas mitti curabat, ut agnoſci præſentes poſſent *l.* 7. *ff. eod.* Verum apud nos, ut agnoſcantur teſtamenti tabulæ, ad abſentes mitti non ſolent: a judice enim, qui abſunt, vocantur, ut præſentes agnoſcant de Roſ. *in civil. decret. prax.* 1.3. *n.* 110. Quod ſi extra Regni fines ſcriptum teſtamentum fuerit, Sacri Conſilii Præſes interpellatus ad agnoſcendas teſtamenti tabulas notarium, ſeptemque teſtes in locum abſentium ipſe ſubſtituet, ac, ſi nullum ſit eis vitium, aperto teſtamento, miſſio in poſ-

ſeſ-

fessionem heredi scripto decernitur de Franch. *decis.* 530. Si testamentum sine prædicto ritu comperiatur apertum, irritum pronunciari oportere tradidere complures, in eamque sententiam Sacrum Consilium judicasse refert de Franch. *decis.* 429. Duriusculum tamen id visum aliis, ac tantum de testamentis a privato scriptis admitti jubent, quemadmodum junctis aulis judicatum a Sacro Consilio tradit Antonius de Marinis *resol.* 2. *c.* 227. *n.* 9. *& sequ.* Verum cum in jure nusquam solemnis aperturæ vitio infirmari testamentum jubeatur, ne id quidem admiserim, eaque de re judicium religioni judicis remitti malim.

XIII. Nullum tempus olim præstituebatur heredi, intra quod tabulæ aperiendæ forent. Verum explendo ærario militari tot bellis exhausto ab Augusto hereditatum instituta vicesima, ne qua ab heredibus fraus fisco fieret, intra triduum, aut quinque dies a morte defuncti testamentum aperiri placuit Paul. 4. *sentent.* 6. Id autem ipsis heredibus expediebat, cum lege Julia caducaria caducorum appellatione fisco deferri juberentur, quæ ante apertas tabulas defecissent *l. un.* §. 1. *C. de cad. toll.* Verum jure novo & vicesimæ vectigali sublato, & abolitis a Justiniano caducis, apertura testamenti nullo certo tempore coercetur *l.* 3. *C. de edict. Div. Hadr. toll.* Falso tamen contendunt quidam jure novissimo *novell.* 115. *c.* 5. intra novem dies a morte testatoris hodie testamenti tabulas aperiri non posse. Ibi enim creditores potius coerceri videntur, ne intra novemdialem luctum molestiam heredi creent cura funeris occupato.

TI.

TITULUS XI.

De testamento militari.

QUæ de testamentis ordinandis superiori rubrica praecepimus, ad paganorum quidem testamenta pertinent. Si enim miles jure militari testari malit, scrupulosas legum observationes sine testamenti vitio impune negliget. Scilicet ut lubentius cives sacramento se adigerent, Martiae Civitatis intererat, in ea re cum militibus indulgentius agere, quos hostis, & sonitus armorum ingruens juris vocem audire non pateretur. In eam rem quidem testamentum in procinctu olim comparatum erat; eo tamen pridem ante Ciceronis aevum exolescente, serio consultum oportuit, ne milites deterrerentur a numeris, si, omissis testamenti solemnibus, extremum ipsorum arbitrium in discrimen venturum foret. Haec, puto, Julium Caesarem perpulerunt, ut factionem testamenti liberiorem militibus indulgeret. Cum vero ea concessio temporalis fuisset, in eaque ad Nervam usque pro diverso ingenio Principum variatum esset, is primus, eumque sequutus Trajanus militum in re testamentaria privilegium perpetuum esse voluerunt. Exinde igitur mandatis Principum ad Magistratus in Provincias proficiscentes caput inseri coeptum, ut milites testamenta facerent, quomodo possent, aut vellent Ulpian. *in l. 1. ff. de test. mil.* Proinde si quoquo modo de militum voluntate constiterit, ea a vitilitigatorum calumniis expers erit. Quapropter si lingua quidem nuncuparint heredem, vel duo testes proba-

tio-

tionem voluntatis conficient: sin scriptura ipsius militis proferatur, rata sine testibus scripta voluntas erit. Quin imo in hostem ituro militi uti licebit pro atramento sanguine, ense pro stilo, vagina, clypeo, humo pro tabulis *l.* 15. *C. eod.* Militare autem privilegium expressisse videtur non militum quidem imperitia, quod perperam Triboniano visum *princ. h. t.* sed aut ipsius militiæ favor, aut imminens potius periculorum functio. Hinc idem privilegium non solum navarchis, maritimisque militibus indulgeri placuit, sed & generatim omnibus, qui seu necessitatis, seu sui quoque compendii causa in hostico versarentur *l.* 44. *ff. eod.* Illud tamen intererat inter milites, eosque, qui in hostico deprehensi testati forent, quod horum testamenta militari jure valere statim desinerent, ubi periculum evasissent *d. l.* 44. *ff. eod.*

II. Ante Justinianum olim militibus jure militari testari licebat, ubicumque in æstivis, hybernisve agerent, neque expeditionis angustiæ expectandæ erant, ut fieret privilegio locus. Sane Ulpianus *fragm.* 23. §. 10. ex sola persona militis militare testamentum æstimasse videtur sine loci discrimine, neque aliud in eo desiderasse, quam ut testator decederet stipendia adhuc faciens, aut post missionem etiam intra annum. Verum Justinianus intra tempus expeditionis militare privilegium coerceri voluit; si alibi testaretur miles, juris regulas de testamentis ordinandis servari jussit *l.* 17. *C. de test. milit.* Proinde cum *in l.* 1. *&* 15. *C. eod.* expeditionis mentio fiat, recte pronunciavit Donellus *comm.* 6. 28. eas a Triboniano interpolatas videri: ei sane satisfecisse non

vi-

videtur Otto ad §. 3. *inst. h. t.* Est autem expeditio neque conflictus ipse, neque intermedium belli tempus, sed tempus illud, quo milites procedunt in armis ad rei gerendæ opportunitatem intenti, seu invadant, seu expectent hostem. Cum vero præsidia, in quibus extra pugnæ periculum milites commorantur, *sedes* dicantur Veget. *de re milit.* 3. 4. perperam post Cujacium quidam pro sedibus *ædes* reponi jubent *in princ. h.t.* Aliunde ejusmodi lectionem vel inde refellas, quod militibus, quamdiu stipendia merent, sat absurde tribuantur ædes, quæ propriæ sunt paganorum. Conf. Reitz. ad *Theoph.* §. 1. *h. t.* Ceterum ipso Justiniani jure aliquando testamentum privilegio militari censetur, licet in expeditione non fiat. Ita quidem si quis omissis solemnibus testetur adhuc paganus, mox sacramento dicto testamentum antea factum quoquo modo in expeditione comprobet, ratum id erit quasi ex nova militis voluntate §. 4. *h. t.* Ita etiam ex nova quasi militis voluntate militare testamentum valet, si miles testamento condito adrogandum se dederit, aut emancipatus a patre fuerit §. 5. *eod.* licet alias per minimam capitis minutionem irritum testamentum fiat, ut infra liquebit.

III. Jam vero militum favori concedi placuit, ut non solum testamenti solemnia impune negligerent, sed complusculis etiam privilegiis uti possent, quæ sine testamenti vitio paganis usurpare non licet. Ita quidem cum pluribus testamentis contra juris regulas miles obire poterat, impune liberos præterire, deportatum heredem scribere, modo, quo tempore miles decederet, restitutus foret in Civitatem *l.* 13. §. 2. *ff. de test. mil.*

Eo

Eo accedebat, quod militi partim testato, partim intestato obire licebat, ejusque testamentum inofficiosi querela rescindi frustra postulabatur *l.* 27. §. 2. *de inoff. test.* Militum quoque favori datum, ut eis mutis simul & surdis factio testamenti foret, si, amisso linguæ, & aurium usu, signis evidentissimis extremum judicium coram commilitonibus demonstrare possent §. 2. *h. t.* Novo quidem Justiniani jure *in l.* 10. *C. qui test. fac. poss.* sine concessione Principis paganis etiam surdis, & mutis testari licet, modo scripto, vel lingua voluntatem suam ostendere queant; si tamen literas non didicerint, & heredem verbis nuncupare nequeant, frustra testantur, licet certissimis signis de ipsorum voluntate constet. Igitur post ipsam *d. l.* 10. *C. eod.* militibus surdis & mutis privilegium militare stetit, ac falso Vinnius compilatores vellicat ad *d.* §. 2. *inst. h. t.* quasi prædictæ constitutionis immemores inter militaria privilegia retulissent, quod paganis omnibus æque Imperator indulserit *in d. l.* 10. *C. eod.*

IV. At vero militari privilegio militibus uti licebat, quamdiu in numeris essent. Quocumque enim missionis genere solutus miles sacramento foret, privilegio excidebat, modo ne quis post senadena stipendia exauctoratus esset. Exauctorati enim vere milites erant: hinc sub vexillo retinebantur ceterorum quidem immunes, non tamen propulsandi hostis. Conf. Lipsium ad *Tacit. ann.* 1. 36. Neque tamen statim a missione militari jure valere testamenta desinunt. Veteranis enim honesta, vel causaria missione potitis, atque intra annum a relictis castris fato cedentibus, si quod ante missionem fecerint testamen-

tum,

tum, privilegio militari censebitur §. 3. *inst. h. t.* & *l.* 21. *ff.* *eod.* Cum vero alias conditio existens retrahatur ad testamenti tempus, si intra annum decederet veteranus, & apposita institutioni conditio post annum existeret, testamentum in castris jure militiæ factum quasi militis adhuc valebat *d.* §. 3. *eod.* Id autem beneficium ex constitutionis verbis ad solos veteranos missionem adeptos coercendum docet Africanus *in d. l.* 21. *ff. eod.* proinde duces, qui successoribus acceptis militare desinerent, privilegium non habituros. Cum tamen verba legum captare non deceat, & aliunde haud interfit, utrum quis dimittatur, an successorem accipiat, recte scribit Cujacius ad dictum Africani locum, ad duces etiam post successores acceptos privilegium extendi oportere, ne ii deteriori jure, præ caligatis utantur. Sed in his ego diutius immorari nolim rara felicitate pacatiorum temporum vix ullius apud nostrates usus. Si quod tamen bellum depugnari contingat, militare privilegium hodiedum obtinebit. Conf. Stryk. *in jur. mod. pand. libr.* 29. *t.* 1.

TITULUS XII.

Quibus non est permissum facere testamentum.

CUm jus Gentium testamentum ignoret, ejusque factionem ex jure Civitatis manare probarim *libr.* 2. *tit.* 10. §. 2. & 3. quatenus cuique testari liceat, dimetiendum ex legislatoris arbitrio. Athenis quidem ex vetustissima Draconis lege omnibus testari vetitum; heredes sui cuique liberi, aut agnati. Enimvero Solon, ut severio-

res

res Draconis leges mollivit alias, ita & teſtamenti factionem indulſit Athenienſibus, limitibus tamen anguſtiſſimis circumſcriptam. Primo enim, ne quid inclementius ſtatueretur in filios, parentes cum liberis decedentes teſtari vetuit Demoſth. *orat.* 2. *in Steph.* Deinde ne orbos quidem teſtari permiſit, ſi morbo, aut ævitate langueſcerent, ne valetudinis, aut ætatis vitio de agnatis maligne ſtatuerent Iſæus *orat.* 5. Quin viros etiam uxoriis blandimentis illectos teſtamentum facere vetuit, ne, quod fieri amat, muliebres illecebræ teſtatoris mentem tranſverſam agerent, ejuſve judicium corrumperent, ubi, humana omnia morte intercludente, ad ferendam de rebus ſuis ſententiam incorruptum judicem mitti oporteret Meurſ. *Them. Att.* 2. 13. Verum enimvero diverſam ab Athenienſibus viam iniere Romani, qui liberius eſſe voluerunt extremum voluntatis arbitrium vulgato Decemvirali carmine; *paterfamilias uti legaſſit ſuper pecunia, tutelave ſua, ita jus eſto.* Quo magis mirari ſubit, cur non paucis in mentem venerit, teſtamenti factionem Romanis conceſſam ab Athenienſibus mutuatos eſſe Decemviros.

II. At vero licet præ omnibus fere Græciæ Civitatibus liberior apud Romanos eſſet teſtamenti factio, non cujuſvis teſtamentum tamen jure civili ratum haberi placuit ſeu defectu ſtatus, ſeu propter animi corporiſve vitium, ſeu propter improbitatem etiam. Quod ad primum igitur, cum teſtamenti factio manaret ex jure Quiritium, ejuſque expertes peregrini forent, quicumque cives haud eſſent, teſtari non poſſe videbantur. Id tamen ita quidem intelligi velim, eos teſtari non po-

potuisse jure Romano; si enim secundum jus Civitatis suæ peregrini testari vellent, nihil eis impedimento erat Ulpian. *fragm.* 20. 14. & ibi Schulting. Rursus cum Decemvirali jure unis patribusfamilias testamenti factio concessa foret, ne dominorum quidem, parentumve consensu, servis, filiisve familias testamenti jus erat, ne juri publico privatorum pactis officeretur *l.* 3. *ff. qui test. fac. poss.* Eo accedebat, quod quæsita a servis, aut liberis, ad patremfamilias promiscue pertinebant olim, ut ne pecunia quidem eis esset, de qua testari posse viderentur. Quod tamen diximus, ne parentum consensu quidem testari potuisse liberos, id benignius velim accipi: nam pium parentem existimatum ego crediderim, qui ultra leges justus filii testamentum ratum haberi mallet. Recti enim exempli viri ipsorum servorum testamenta servari curabant. Ita sane Plinius servos suos quasi testamenta fecisse scribit *epist.*8.16. eaque se, ut legitima, custodiri curasse, modo ne quid extra domum legatum esset. Servis enim Respublica quædam, & quasi Civitas domus esse videbatur. Verum enimvero, cum donatio mortis causa in complusculis contractus potius rationem habeat *l.* 35. §. 3. *ff. de mort. caus. don.* patre consentiente, filius mortis causa donare poterit: id enim perinde erit, ac si filii ministerio pater ipse donet *l.*9. §. 2. *ff. de don.*

III. Atque ita quidem sub libera Republica jus fuerat olim. Verum enimvero ubi Principatus interfuit, patrumfamilias jus imminui, & ad belli pacisque studia promovenda discrimen peculiorum invehi, servi quidem, quorum peculium uniusmodi foret, sub veteri jure manserunt; filii

filii vero familias, si castrense peculium nacti essent, saltem a Neronis ævo testamenti factione uti cœperunt. Repete, quæ supra præcepimus *libr.* 2. *t.* 9. §. 5. Et ab initio quidem de castrensi peculio testamenti factionem filiisfamilias indulsere Principes, si sub numeris adhuc essent *l.* 1. *ff. de test. mil.* Verum quod privilegium personale fuerat, bonorum esse jussit Hadrianus, ac filiosfamilias etiam sacramento solutos, quibus peculium castrense foret, testari permisit *princ. h. t.* Peculii quasi castrensis diversæ vices. Licet enim ejus proprietas & ususfructus, ac libera quoque inter vivos administratio ab ipso Jurisconsultorum ævo ad filiosfamilias pertineret; de eo tamen testari non poterant, nisi in eminentiori dignitatis gradu constituti forent §. *6. inst. de milit. test.* Verum liberalior more suo Justinianus de peculio quasi castrensi promiscue omnibus testari concessit *l. ult. C. de inoff. test.* Cum ibi tamen Imperator in solo peculio quasi castrensi a veteri jure discedi jusserit, hodie ne de ipso quidem peculio adventitio, quod *irregulare* vocant, filiisfamilias testari licet. De ejusmodi quidem peculio filiosfamilias Justinianus pro lubitu statuere jussit *novell.* 117. *c.* 1. ipsum tamen verbum διοικεῖν, quo ibi utitur Imperator, non testamenti factionem, sed actus inter vivos indigitat. Neque novum in jure est, ut testamenti factione careant, qui pro lubitu inter vivos res suas alienare possunt. Vide Vinn. ad *princ. h. t. n. 6.* Ceterum per *consuet. un. de filiisf. volent. test.* apud Neapolitanos invaluit, ut de bonis maternis, maternæque lineæ filiisfamilias testari liceat, modo, si decesserint sine liberis, legitimam patri, ceterisve

paternæ lineæ parentibus relinquant. Vide Napod. ad *d. consuet. n. 22. & sequent.*

IV. Propter animi vitium testari nequeunt impuberes, dementes, furiosi, ac bonis interdicti prodigi. Quin imo licet jam pubescat impubes, ac furiosus, aut prodigus resipiscant, testamentum antea conditum convalescere nequit ex Catoniana regula, quæ vetat ab initio vitiosa consistere §. 1. *h.t.* Contra si quis ante furorem, aut prodigalitatem testatus fuerit, licet in furore, aut prodigalitate decesserit, testamentum non infirmatur. Alias quidem, ut quis heredem habere ex testamento possit, non testamenti tantum, sed & mortis tempore testamenti factionem habere debet, id tamen obtinet, quoties de capitis minutione agitur *l. 6. §. 5. ff. de injust. rupt.* Si enim salvo capite quis immutetur, unice testamenti tempus spectari debet. Aliunde nihil impedimento est, quominus ex testamento ante prodigalitatem, furoremve condito, heredem prodigus, aut furiosus habeat, licet mortis tempore testamenti factione careat. Neque enim novum in jure est, ut, quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet casus extiterit, unde incipere non poterant *l. 85. ff. de reg. jur.* Nam quæ ex præsenti vires capiunt, quæque non solum ab initio semel constiterunt, sed utiliter etiam constituta sunt, infirmari jus vetat, etsi quid existat, unde vetebantur incipere. Vid. Jacob. Goth. ad *d. l. 85. de reg. jur.* Hinc & testamentum in furoris intervallo conditum ratum haberi placuit *d. §. 1. h. t.* Secus de prodigo statuunt passim interpretes: ejus enim testamentum licet in prodigalitatis intervallo factum irritum haberi do-

docent jure civili, quamvis in eo prodigi mores haud appareant; Leonem tandem *novell.* 39. abrogato jure civili ratum haberi juſſiſſe prodigi teſtamentum, ſi inde prodigi mores abeſſent. Verum ego ſubvereor, ne & fallantur interpretes, & jus abrogarit Leo numquam Romæ receptum. Si enim ipſum dementis teſtamentum admiſere Romani, ubi videretur a ſano ſcriptum Val. Max. 7. 8. potiori jure ratum habuiſſe crediderim prodigi teſtamentum, in quo prodigi mores non pellucerent. Utcumque id erit, in Regno invaluit, ut ratum habeatur prodigi teſtamentum, modo ſani hominis videatur de Roſ. *in civil. decret. prax. c.*3. *n.*39.

V. Vitio corporis teſtari non poſſe videbatur mutus & ſurdus §. 3. *h. t.* Nam ſiquidem vitium conjunctum eſſet, ita affecti homines ne per rerum quidem naturam teſtari poterant, cum rerum, aut certe vocabulorum notitiam nanciſci non poſſent. Quod ſi vitium diſcretum eſſet, muto quidem factio teſtamenti non erat, quia teſtes rogare non poterat; ſurdo vero, quia aurium vitio ei denegabatur exaudire teſtes ſibi teſtimonium perhibentes Cujac. *ad Paul. ſent.* 3. 4. Supererat igitur, ut, licet vitium diſcretum eſſet, mutus, aut ſurdus teſtamenti factionem impetraret a Principe. In eo quidem privilegio concedendo Principes difficiles ſe non præbebant ob viceſimæ vectigal, & cetera lucra, quæ ex teſtamentis ad fiſcum reditura forent; muti tamen, qui literas non didiciſſent, cum nec libello, nec voce Principi preces poſſent offerre, ne per privilegium principale quidem teſtari poſſe videbantur. Verum Juſtinianus *l.*10. *C. qui teſt. fac. poſſ.* natos quidem mutos ſimul & ſurdos ex jure veteri teſtari prohi-

hibuit; factos vero testari concessit, si ante infortunium literas didicissent. Quod si vitium discretum esset, eos sine venia Principis testari voluit, si voce, vel scripto supremum arbitrium possent exponere. Quod ad cæcum, cum testes accire, rogare, eosque sibi testimonium perhibentes audire posset, ei inter ipsas veteris juris subtilitates testamenti factio fuit Paul. 3. *sent.* 4. Verum, ne qua fraus in ejus testamentum obreperet, forma quadam accuratiori a cæco testamentum Justinus nuncupari cavit *l.* 8. *C. eod.* Nam cæci voluntatem per tabularium describi jussit; si deesset tabularii copia, per testem octavum: voluntati ita descriptæ præter ordinarium testium numerum per ipsum tabularium, aut testem octavum subscribi voluit; palam recitari etiam, ac describi nomen heredis. Quæ quidem constitutio omnis fraudis veluti everriculum ubique fere viget contra Leonis novell.69. Vide Stryk. *de caut. test. c.* 4.

TITULUS XIII.

De exheredatione liberorum.

HActenus de personis, quas jus civile testari vetat, atque externis testamenti solemnibus; porro sermonem instituemus de internis testamenti solemnibus, quæque in ipso testamento opus est inseri, ut ratum haberi queat. Eo pertinet heredis institutio, quæ communis omnium testatorum est, ac liberorum, nisi instituantur, exheredatio, quæ tantum pertinet ad parentes, qui habent in potestate liberos. Veteri Decemvirorum ju-

jure, cum liberrima testandi facultas patrisfamilias concessa foret, nulla testatori necessitas instituendi, aut exheredandi liberos. Proinde præteritionis vitio testamentum infirmari non poterat. Id vero juris ad Ciceronis ævum in Urbe perennasse, vel inde constat, quod is apud Centumviros disceptatum scribit, an ratum haberi oporteret patrisfamilias testamentum, quo falso rumore de morte filii parens eum præteriisset *de orat.* 1. 38. Eamdem rem quidem memorans Valerius Maximus 7. 7. omnium sententiis victorem filium discessisse narrat; perperam tamen addubitatum id foret, si sciens pater filium præterire non potuisset. Verum enimvero licet testamentum præteritionis vitio tandem infirmaretur olim, si per ignorantiam filius præteritus esse diceretur, ut tamen alias tempore valescit, quod æquius, melius existimatur, favore liberorum invaluit, ut parentes in potestate liberos aut instituerent, aut nominatim exheredarent: alias per oblivionem præteritos videri placuit *l.*30. *ff. de liber. & postum.* Nescio igitur, quid in mentem Cujacio venerit ad §.2. *inst. de her. qual. & diff.* suos heredes in duodecim tabulis dictos existimanti, qui aut instituendi, aut exheredandi necessario forent. Ut enim prætercam, in causa intestati tantum *suorum* meminisse Decemviros, in Decemvirali jure exheredationis necessitas nusquam occurrit. Vide Schulting. ad *Ulpian. fragm.* 22. 14. Nolim inficiari tamen, quin interpretatione sua Jurisconsulti, & edicto Prætores, ex ipso *sui heredis* vocabulo argumento petito, necessitatem exheredationis invexerint. Cum enim, intestato parente mortuo, ad liberos suos heredes hereditatem De-

cemviri redire jussissent, institutionem extranei nullam pronunciandam existimarunt, nisi filius justus parenti heres, & vivo patre quodammodo dominus, per exheredationem exclusus esset. Conf. *l.* 11. *ff. de liber. & postum.*

II. Cum vero præteritionis vitium præter Decemvirorum mentem videretur excusum, ob juris antiqui reverentiam Jurisconsulti discrimen excogitarunt inter masculos primi gradus, ac fœminas, ceterosque liberos, qui gradus ulterioris essent. Masculo enim primi gradus a parente præterito, testamentum infirmari statuerunt; filia vero, & ex filio nepotibus, ac deinceps aliis silentio a patre præteritis, rato quidem testamento manente, jus accrescendi ad certam portionem eis indulgendum existimarunt. Scriptis vero heredibus eos accrescere voluerunt suis quidem in partem virilem, extraneis in dimidiam Ulpian. *fragm.* 22. 17. Si igitur permixtim extranei cum suis heredibus scripti forent, filiæ quidem præteritæ pro heredum diversitate diversum accrescendi jus erat. Nam filio & extraneo æquis partibus heredibus institutis, tantum suo avocabat, quantum extraneo; si vero duo filii cum extraneis instituti forent, suis quidem tertiam, extraneis dimidiam auferebat Paul. 3. *sent.* 4. 8. Ne porro differentia isthæc temere videretur inducta, discriminis causam inde desumpsere Jurisconsulti, quod masculi primi gradus arctiori jure cum patre devincirentur, idque ex eo constare docebant, quod filia quidem, & nepotes ex masculis una mancipatione e potestate parentum exirent; in liberos vero primi gradus tribus tandem mancipationibus jus patris perimeretur *l.* 8. *ff. de injust.*

rupt.

rupt. irr. Indidem factum existimarim, ut filios primi gradus nominatim exheredari oporteret, filiæ vero, ceterique liberi etiam inter ceteros exheredari possent *princ. h. t.*

III. Quod ad postumos, cum incertum videretur, unus, an plures, mares, an fœminæ nascituri forent, & aliunde ex interpretatione duodecim tabularum testatoris in testamento judicium certo consilio regi oporteret Ulpian. *fragm.* 22. 4. ii neque institui, neque exheredari posse videbantur olim. Cum igitur necessario fieret, ut testamentum postumus post mortem patris agnascendo rumperet, ne suprema civium judicia subverterentur, interpretatione Jurisconsultorum invaluit, ut qui postumi testatori post mortem sui heredes nascituri forent, institui, aut exheredari a parente possent *l.* 4. *ff. de lib. & postum.* At vero in postumis exheredandis nullum gradus discrimen erat: tantum interesse placuit fœminas inter & masculos. Fœminæ enim vel nominatim, vel inter ceteros exheredari poterant, modo, si inter ceteros exheredatæ forent, eis aliquid legatum esset, ne alias per oblivionem præteritæ viderentur: contra masculi sine discrimine gradus nonnisi nominatim exheredari posse videbantur §. 1. *h. t.* Id vero sexus in hoc argumento discrimen haud absurde repeti posse crediderim ex lege Voconia, quæ ab hereditatibus mulieres arcebat. Nam facile fieri potuit, ut licet ob opulentiam Civitatis ea lex foret extincta in hereditatibus testamento delatis, ejusdem tamen in liberorum exheredatione vestigia manserint. Vide Schulting. ad *Ulpian. fragm.* 22. 22.

IV. Porro cum postumorum institutio, aut ex-

exheredatio præter juris regulas recepta videretur, ob juris antiqui reverentiam ea facultate parce quidem utendum censuere Jurisconsulti, ac tantum ad veros postumos coerceri oportere, eos scilicet, qui sui nascituri forent intra decimum mensem a morte patris. Adhuc igitur quasi postumi testamentum quasi agnascendo rumpebant. Ejusmodi præter alios erant Aquiliani, nepotes puta, qui post mortem avi sui nati ex filio præmortuo prognati forent. Præterea quasi postumi videbantur etiam primi, & secundi Vellejani, quorum illi ex primo legis Juniæ Vellejæ capite dicebantur, qui vivo testatore post testamentum sui nasciturи essent; hi ex secundo ejusdem legis capite videbantur nepotes, qui ante testamentum avi non sui nati in locum defuncti patris mox successissent. Ab his haud longe absimiles Julianei a Juliano Jurisconsulto sic appellati, nepotes scilicet, qui nati post testamentum avi, atque itidem in locum patris ante avum mortui succedentes sui etiam heredes avo quasi agnascebantur.

V. Primo igitur, ne qua juris scrupolosa subtilitas testamentis officeret, contra Aquilianos postumos testamentis prospexit Cajus Aquilius Jurisconsultus callidissimus ille cautionum artifex, excogitata formula, qua Aquiliani postumi exheredari possent, aut institui. Ipsa cautionis verba servavit Scævola *in l.29. ff. de lib. & postum. Si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis, post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus morietur, natus, nata erit, heredes sunto.* Contra utrosque Vellejanos testamentis consultum

ivit

ivit lex Junia Velleja sub Claudio, ut Shultingio visum ad *Ulpian. fragm.* 22. Primo enim ejus capite cavebatur, ut qui, vivo testatore, post testamentum conditum sui nasciturі forent, exheredari possent, aut instituі, neque testamentum agnascendo rumperent: caput alterum prohibebat, ne nepotes jam nati testamenti tempore, vivo testatore succedentes in sui heredis locum testamentum quasi agnascendo rumperent, in quo instituti, aut exheredati forent *l.* 29. §. 11. *& sequ. ff. de lib. & post.* Denique ab Julianeis postumis testamentis prospexit Julianus Jurisconsultus, qui, utroque legis Juniæ capite veluti commixto, instituі, aut exheredari posse pronunciavit nepotes etiam, qui post testamentum non sui nati in locum patris instituti mox successissent *d. l.* 29. §. 15. *ff. de lib. & post.* Conf. Ant. Fabr. 9. *conject. c.* 1. *& sequ.*

VI. Porro quæ de liberis instituendis, aut exheredandis diximus, ad emancipatos non pertinebant. Nam duodecim quidem tabularum leges emancipatos ignorabant; jus vero civile interpretatione Jurisconsultorum invectum pro extraneis emancipatos habebat, quia de familia per emancipationem exeuntes ab ea sponte se abdicabant. Cum tamen naturalem potius æquitatem, quam emancipationis civile commentum spectaret edicto Prætor, emancipatos etiam utriusque sexus, nisi instituerentur, exheredari jussit edicto: si secus fieret, capitis minutionem, quam passi emancipati fuerant, veluti rescindens eis contra testamenti tabulas bonorum possessionem dabat. §. 3. *h. t. & l. 6. ff. de bon. possess.* Contra adoptivi liberi, cum, abdicata naturali familia, in pa-

tris

tris adoptivi poteſtatem, ac familiam translati per adoptionem eſſent, quamdiu quidem conſiſtebat adoptio, ab adoptivo patre inſtituendi, aut exheredandi erant. Quod ſi adoptionis vinculum ſolutum per emancipationem eſſet, in adoptiva familia pro extraneis habebantur. At vero, cum apud duas familias jus ſui heredis habere quempiam, publicæ Romanorum leges non paterentur, quamdiu maneret adoptio, ne Prætoris beneficio quidem filius in adoptionem datus in patris naturalis familia jus ſui heredis nanciſci poterat. Ceterum ſi a patre adoptivo is emancipatus foret, perinde habebatur, ac ſi ab ipſo patre naturali fuiſſet emancipatus. Proinde niſi in ejus teſtamento inſtitutus, aut exheredatus eſſet, ut emancipati ceteri, contra teſtamenti tabulas bonorum poſſeſſionem rite petere poſſe videbatur §. 4. *h. t.* Verum de adoptivis hodie obtinet Juſtiniani conſtitutio *in l.* 10. *de adopt.* quam enucleavi alias *libr.* 1. *tit.* 11. §. 10.

VII. Atque hæc quidem ex antiqui juris ſubtilitate valeſcebant olim circa differentiam ſexus & gradus, natorum & poſtumorum, in liberis inſtituendis, aut exheredandis. Verum enimvero ab iis principiis recedi juſſit Juſtinianus *l.*4. *C. de lib. præt.* & §. 5. *h. t.* Ibi enim primo exæquati ſunt liberi ratione ſexus. Hodie igitur ipſæ fœminæ, niſi inſtituantur, nominatim a parente exheredari debent: ſi ſecus fiat, filiæ quoque præteritæ, aut non nominatim exheredatæ, infirmandi teſtamenti jus habent, non emancipatæ quidem ex jure civili, emancipatæ ex jure Prætorio. Rurſus ibidem Imperator liberos exæquari juſſit ratione gradus. Proinde hodie ſui heredes parenti liberi,

ſeu

ſeu filii, ſeu nepotes, aut deinceps alii, vel inſtituendi, vel nominatim exheredandi; alias, accreſcendi jure ceſſante, liberi quidem in poteſtate teſtamentum infirmare poſſunt ex jure civili, emancipati vero ex jure Prætorio ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admittuntur. Eadem conſtitutione denique diſcrimen omne ſublatum inter natos, ac poſtumos. Hodie igitur poſtumæ generatim omnes, ſeu filiæ, ſeu neptes, aut deinceps aliæ, licet legatum accipiant, niſi inſtituantur, nominatim exheredari debent: ſi ſecus fiat, teſtamentum agnaſcendo rumpunt, ſuæ quidem heredes jure civili, per emancipatos ſuſceptæ jure Prætorio *d.* §. 5. *h. t.* Ex dictis ſat, puto, liquet, falſos eſſe poſt Bartolum vetuſtiores fere omnes interpretes, prædicta conſtitutione pronunciantes differentiam a Juſtiniano ſublatam inter ſuos, & emancipatos, atque ex ea emancipatos liberos ſine Prætoris auxilio patris teſtamentum infirmare poſſe. Diſcrimen enim inter emancipatos & ſuos longo poſt tempore ſuſtulit Imperator *novell.* 118. *c.* 1. Sed & ea ipſa exæquatio ad ſolam ſucceſſionem ab inteſtato coercenda videtur: nam teſtamentum evertere fortaſſe majus Imperatori viſum, quam ut ſine Prætoris beneficio concedi oporteret. Proinde ipſo jure noviſſimo, ſi emancipati præteriti teſtamentum oppugnare velint, adhuc auxilio Prætoris egent. Sed iſthæc latius alibi.

VIII. Porro, quæ hactenus diſſeruimus de liberis inſtituendis, aut exheredandis, ad paganorum teſtamenta pertinent. Milites enim, qui in expeditione teſtantur, liberos impune prætereunt, eorumque præteritio vim exheredationis habet §.

6. h. t.

6. h. t. Cumque militare testamentum inofficiosi querelæ non subsit *l. 27. §. 2. ff. de inoff. test.* nullum remedium militum liberis præteritis, aut exheredatis, ne ad legitimam quidem consequendam superest. Verum enimvero cum præsumantur ex communi voto parentes, hereditatem suam liberis deferri velle, silentio quidem militi liberos exheredare licebit, si superstites sibi liberos esse non ignorarit; alias ipsius militis favor testamenti rationem haberi vetat *l. 9. & sequent. C. de test. mil.* Matris etiam, atque avi materni præteritio pro exheredatione est. Id tamen non ex privilegio quidem, sed ex ipsa liberorum conditione manat. Cum enim mater, ac parentes maternæ lineæ, patria potestate non utantur in liberos, eosque suos heredes haud habeant, ceterorum extraneorum exemplo solo silentio liberos exheredare poterunt §. 7. *h. t.* Neque vero id immutatum *novell.* 115. *c.*3. Siquidem non aliud ibi cautum, quam ut patris exemplo præteritionis causam testamento mater adjiciat. Nam matris etiam testamentum ratum haud erit, nisi justam exheredationis, aut præteritionis causam complectatur: alias inofficiosi querelæ subest. Sed isthæc latius infra ad *tit.* 18.

TITULUS XIV.

De heredibus instituendis.

Licet hodie ab heredis institutione non oporteat initium testamenti fieri, & contra jus vetus ante heredis institutionem legata relicta rata esse jusserit Imperator §. 34. *inst. de leg.* stat adhuc

huc apud nos hodie tamen veteris juris principium, ubiubi in testamento fiat heredis institutio, totius testamentarii negotii caput & fundamentum esse. Non quivis tamen heres potest institui, nisi & cum eo sit testamenti factio, & capere ex alieno testamento possit. An vero cum quopiam sit testamenti factio, tria tempora spectari debent, ipsius testamenti scilicet, mortis testatoris, & aditionis hereditatis §.4. *inst. de hered. qual. & diff.* Cum igitur in universum jus testatoris succedat heres, quisquis aut testamenti facti, aut mortis testatoris, aut hereditatis adeundæ tempore in universum jus civis succedere nequit, heres scribi, aut nuncupari non potest. Ejusmodi sunt servi pœnæ, deportati, hæretici, apostatæ, filii perduellium, peregrini denique, ac generatim omnes testamento capere vetiti. Verum ubique fere Gentium hodie ut libere testari peregrini possunt, ita & herédes institui non prohibentur ob Friderici Ænobarbi constitutionem *de statut. & consuet.* §. 10. *unde authent. omnes peregrini. C. commun. de success.* Sed & ex ipso jure civili cum in contractibus, ac testamentis personam civilem servi mutuentur a dominis, heredes servos instituere licet seu proprios, seu alienos. Proprii quidem servi heredes instituti tacite manumissi intelliguntur, ac sibi hereditatem acquirunt *princ. h. t.* alieni vero, siquidem in eadem causa manserint, jussu domini hereditatem adeunt, repudiantve; sin ante aditionem libertatem acceperint, suo arbitrio hereditatem adibunt §. 1. *h. t.* Cum vero jacens hereditas vicem defuncti sustineat, servus etiam hereditarius recte heres instituetur §. 2. *eod.*

II. Jam vero cum apud veteres regula juris

es-

eſſet, heredem neminem ſcribi poſſe, qui neque cernere poſſet hereditatem, neque pro lubitu ſe pro herede gerere Ulpian. *fragm.* 22. 5. Dii, civitates, aut pagi, & generatim collegia omnia licet publice recepta hereditatem ex teſtamento nanciſci non poterant. Verum in ea re paulatim a veteri ſubtilitate deſcitum. Quod enim ad Deos attinet, ubi rerum potiti ſunt Cæſares, Senatuſconſultis, Principumve conſtitutionibus quibuſdam Diis indulgeri placuit, ut heredes inſtitui poſſent Ulpian. *loc. cit.* 6. Cumque rogatione Papia cœlibes ex alieno teſtamento capere vetarentur, ne cui cœlibi Deo ad ſolidum capiundum quidquam impedimento foret, ei jus liberorum concedebatur Dio Caſſ. *libr.* 55. *princ.* licet rarenter id quidem, cum ſat parce cœlibes apotheoſi donaret priſca ſuperſtitio. Quod ad municipia, primo fortaſſe placuit, ut ab ipſorum libertis inſtitui poſſent Ulpian. *loc. cit.* §. 5. Deinde, cum benignior natura fideicommiſſorum eſſet, Senatuſconſulto Aproniano ſub Hadriano cautum, uti Schultingio viſum ad prædictum Ulpiani locum, ut fideicommiſſam hereditatem municipiis reſtitui jus eſſet *l.* 26. *ff. ad Senatuſc. Trebell.* Denique, cum Senatuſconſultum Apronianum ob juris antiqui reverentiam de ſolis municipiis acceptum eſſet, extendi ſub Marco placuit ad vicos, & collegia quoque, quibus coire jus foret *l.* 20. *ff. de reb. dub.* Ita tandem ſubtilitate antiqui juris exoleſcente, Leo Imperator verbis quoque directis collegiis & civitatibus hereditates juſſit ex teſtamento deferri poſſe *l.* 12. *C. h. t.*

III. Quod ad Chriſtianorum Eccleſias, ſub Ethnicis quidem Imperatoribus heredes vetaban-

tur

tur institui, non solum quia ceterorum collegiorum exemplo hereditatem cernere non poterant, sed & quia collegiis illicitis accensebantur. Verum enimvero felicioribus tandem auspiciis ad Constantinum Magnum delato rerum arbitrio, is, inter licita collegia Ecclesiis Catholicorum ascitis, eis ex testamento solidi capiundi jus dedit *l*. 1. *C. de sacros. Eccles.* Juniores Christiani Principes idem jus Ecclesiis servari jusserunt. Quod enim Valentinianus, Valens, & Gratianus *l*. 20. *C. Theod. de Episc.* vetuisse dicuntur, ne Ecclesiastici, quique ex eis *continentium* specioso vocabulo sibi blandiebantur, quidpiam ex mulieris, cui sub obtentu religionis se privatim adjunxissent, extremo judicio nancisci possent, id quidem pertinuit ad ipsorum Ecclesiasticorum, & *continentium* avaritiam coercendam: ii enim infirmos muliercularum animos religione sibi devincientes ipsarum hereditates aucupabantur. Vid. Jacob. Gothofred. ad *d. l.* 20. *C. Theod. de Episc.* Tantum Valentinianus Theodosius, & Arcadius *l*. 27. *C. Theod. eod.* ne ipsas quidem Ecclesias ex Diaconissarum testamento quid capere voluerunt, ne nimia religione ipsarum perculsæ mentes de filiis, ceterisve cognatis maligne statuerent. Sed & Ambrosio intercedente fortasse lex isthæc ab iisdem Augustis pene abrogata, & qui sequuti sunt Principes, ex Constantini lege Ecclesiis jus solidi capiundi generatim esse voluerunt. Conf. eumdem Gothofr. ad *l*. 28. *C. Theod. eod.*

IV. Jam vero ubi ex Imperii Romani ruinis in Europa complures orti sunt Principatus, privilegium istud Ecclesiarum ubique fere auctum, aut certe non imminutum. Ipsi Longobardi Princi-

pes Ecclesiis sat infesti alias cum eis testamenti factionem esse voluerunt *in Long.* 1. *6.* At inde tamen maxima in Rempublicam incommoda, quæ non minus privatos, quam Principes ipsos afficiebant. Nam & cum familiarum damno avita prædia in Ecclesias confluebant, & ob valescentem rerum Ecclesiasticarum immunitatem soli tributo Principes defraudabantur. Hinc apud Christianas Provincias serius, ocyus, latæ leges, quæ ex vivorum spoliis *manus mortuas* ultra ditescere non paterentur. Apud nos ipsi Nortmanni Principes sine ipsorum assensu res saltem soli ad Ecclesias redire vetuerunt seu contractibus, seu testamento. Sane Fridericus II. ut constitutionem ea de re latam tueretur adversus Gregorii IX. expostulationes, veterem Regni legem opposuit, qua decessores sui Nortmanni cavissent, ne in Regno Siciliæ sine consensu Principis in Ecclesias prædia transferri jus esset Matth. Paris. ad *ann.*1239. Decessores autem, quorum meminit Fridericus, sunt Guilelmus I. ejusque parens Rogerius, ut ex privilegio Manfredi constat edito *in adnot. ad consult. Patric. de rect. dot. mon. rat. pag.*152.*t.*2. Ceterum non vetuit quidem Fridericus, ne apud nos Ecclesiæ heredes scribi possent: tantum si prædia in hereditate forent, ea intra annum defuncti proximis, aliisve laicis divendi jussit *const. prædecessorum. de reb. stabil. Eccles. non alien.* (1). Ve-

(1) Diu me sollicitum habuit hæc Friderici constitutio: ut enim vulgati codices eam exhibent, videbatur Imperatoris menti contraria. Primo enim vulgata rubrica præter Friderici sententiam res Ecclesiasticas distrahi vetat; tantum abest, ut res soli relictas Ecclesiis aliena-

Verum lex isthæc saluberrima ætatem haud tulit. Ubi enim rerum potiti sunt Andegavenses, ut gratam Pontificibus navarent operam, quorum studiis Regnum referebant acceptum, ea quidem in re adversus Ecclesias fuerunt indulgentissimi. Proinde postquam per Carolum II. Friderici constitutio abrogata fuit *c.7. inter capit. Car.II.* maximo cum privatorum, & juris Regii detrimento prædiorum pars longe maxima ad *manus mortuas* per concessas institutiones Ecclesiarum rediit (1). Latens ab initio ma-

 lum

nari jubeat. Deinde in vulgatis codicibus Fridericus alternatim loquitur, & Ecclesiis res soli legatæ in caussam commissi vetantur incidere, non solum si distrahantur, verum etiam si locentur. Quis vero non videt, legem exitu inutilem evasuram, si sub necessitate locationis Ecclesiæ res soli nancisci queant? Parum aberat, quin pronunciarem, per deterrimum aliquem nebulonem fucum constitutioni factum, nisi me deterruisset religio quædam suspicandi fraudem, ubi codices non addicerent. Locationis vocabulum pro emphyteusi placebat accipere. In eo præire videbatur Fridericus ipse *in constit. constitutionem divæ memoriæ. de revocat. feud.* ubi pro more sæculi locandi vox rei concessionem utile dominium transferentem indigitat. Id ipsum tamen intutum, & aliunde rubricæ incommodum urgebat adhuc. In tantis rerum angustiis ad Stephanum Patricium penitioris eruditionis inter nostrates facile principem re delata, is humanitate, qua solet, ambages omnes mihi resolvit. Primus enim in vulgatis codicibus fraudem suspicatus, vetustissimum nactus constitutionum exemplum pridem adverterat, non solum rubricam falsatam esse, sed & *locandi* verbum in constitutionem per fraudem irrepsisse. Rem omnem accuratius postea est exequutus Andreas Serraus vir doctus, & mihi amicus *in adnot. ad Patric. consult. t. 2. p.* 142.

(1) Lex isthæc a Carolo II, lata in patris absentia, cum

lum Andegavensium quidem providentiam haud excivit. Verum in dies valescente malo, primum Ferdinandus I. Aragonius haud ausus injuria temporum Caroli II. legem aperte abrogare obliqua via quidem id egit, omnibus Regni constitutionibus generatim servari jussis, ut ex Afflicto constat *in const.præl.quæst.*1.*n.*2. Deinde augusta Neapolitana Civitas, ut Regni indemnitati consuleretur, preces obtulit Philippo IV. ejusque successori Carolo II. verum utriusque mors fato propera remedii spem præcidit. Igitur & Carolo VI. repetitæ preces; verum ab absente Principe opportuna remedia

cum Regno vice sacra præesset *histor. urb. l.* 20. *c.* 9. §. 2. Mirum vero videri queat, ea usque adeo majores nostros abusos, ut ipsius obtentu contra saluberrimam Friderici legem res soli in Ecclesias transferre se posse crederent. Primo enim tanta quidem in re Regni Vicarium injussu Principis haud temere quidpiam decernere oportebat. Deinde si temporum rationes inspiciantur, facile, puto, constiterit, eam legem ferentem Carolum II. non serio quidem egisse. Ex ratione Principatus ita eum cavisse oportuit, ut in angustiis, quibus res suæ premebantur, offa veluti objecta, cleri, ac Martini IV. studia in Regno tuendo, ac Sicilia reciperanda sibi conciliaret, rebus pacatis sibi & Regno mox melius consulturus. Tot adversis jactati quidem Andegavenses hanc legem revocare existimarunt intutum, ne Pontificum invidiam sibi concirent: rerum potiti tamen Aragonenses eamdem oblique saltem abrogarunt, omnibus Regni constitutionibus generatim servari jussis Affl. *in const. præl. quæst.* 1. *n.*2. Hinc, puto, liquet, merito hujus Carolini capituli nullam rationem habitam in Regiis literis Augustissimi Ferdinandi IV. ann. 1767. pridie Kal. Jun. ad Stabiarum præfectum, quibus a Friderici constitutione Magistratus desciscere prohibentur.

dia vix expectari posse videbantur. Vide *histor. urb. libr.* 40. *c.* 6. Scilicet ea gloria servabatur Ferdinando IV. feliciter fausteque regnanti, qui, ne quid porro Respublica detrimenti caperet, Ecclesias, & loca pia, quæ vocant, Regiis literis idibus Septembr. an. *1769*. quoquo modo res soli nancisci vetuit, iis tantum exceptis, quæ publicis, piisve operibus destinata regerentur a laicis: qua tamen exceptione *congregationes*, quas vocant, contineri noluit. Quod si res soli ex tempore, aut sub conditione ad Ecclesias, & loca pia pertinerent, tempore, aut conditione adveniente, eas penes ultimum possessorem sine restitutionis onere liberas remanere jussit. Verum enimvero veritus Rex pientissimus, ne quando Ecclesiæ, aut cetera loca pia ad inopiam laberentur, eis pecuniam restitutam in eodem contractus genere collocare benigne concessit, modo ne prædiis coemendis impenderetur.

V. Quod ad mulierum institutionem, quoniam, uti legasset paterfamilias, ita jus esse Decemviri statuerunt, cum fœminis seu suis heredibus, seu extraneis etiam, jure Decemvirali erat testamenti factio. In ea tamen testandi licentia agrariæ legi, qua cujusque prædia in familia perpetuo servari jubebantur, fraudem obliqua via fieri compertum. Fœminis enim a parentibus heredibus institutis, in alienas familias avita prædia per nuptias vulgo transferebantur. Ingruebat etiam ditiorum mulierum luxus, & impotentia ex ingenti pecuniæ receptitiæ vi, quam in nuptiis coeundis in potestatem viri non committebant, eoque pertinere putarim locum Catonis apud Gellium *noct. Att.* 17. 6. Incommodis igitur obviam itum lege Voconia lata a Q. Voconio Saxa Tribuno

plebis anno Urbis 584. eaque cautum, ne, qui census esset, fœminam instituerat heredem, licet unica foret, aliique liberi parenti non superessent Cicer. 1. *in Verr.* 43. & August. *de Civit. Dei* 3. 21. Ceterum cum lex eo potissimum pertineret, ne nimiæ divitiæ confluerent in fœminas, ab eo, qui census haud esset, heredes scribi non vetabantur: ex ipsius etiam censi hereditate intra centum nummorum millia mulieri capere jus erat, ut a Dione proditum *libr.* 56. Vide Perizon. *in dissert. de leg. Voc. edit. Lugd. Bat. p.* 159. *& sequ.*

VI. Cum igitur rogatione sua Voconius ab eorum tantum, qui censi forent, hereditate fœminas exclusisset, ditiores, qui mulieres scripturi forent heredes, parum de æstimatione sua solliciti in extrema classe inter ærarios se censeri curabant: ita enim & incensorum pœnas effugiebant, ac libere testari posse videbantur. Lex enim Voconia eorum, qui tantum capite censi forent, atque in extremam classem relati essent, hereditatem complexa non credebatur, ut recte advertit Montesqu. *espr. des loix* 27. Neque tamen hic fraudum finis. Nam fideicommissis excogitatis, qui hereditatem ad fœminas redire vellent, fideicommittebant heredum, ut hereditatem mulieribus restituerent, quas directe instituere non poterant Cicer. *de fin.*2. Ipsi Prætores quoque Voconianam rogationem iniquiorem existimantes fœminis heredibus testamento scriptis æquitatis obtentu bonorum possessionem dabant: favore Prætoris etiam confidentiores Jurisconsulti facti non solum pro filiabus, sed sororibus etiam consanguineis in legitimis hereditatibus deferendis responsitabant Paulus

lus 4. *sent.* 8.22. Sed & lege Papia lata Voconianæ rogationis pene accisæ sunt vires. Ea enim mulieres ex aliorum testamentis solidum capere jussit, si ingenuæ tres liberos haberent, libertinæ quatuor *l.* 8. & 9. *C. Theod. de bon. proscript.* Verum enimvero per legem Papiam plebiscito Voconiano vis non prorsus adempta. Licet enim Gellius, qui sub Hadriano floruit, plebiscitum Voconium opulantia Civitatis obliteratum dixerit *noct. Att.* 20. 1. id tamen de hereditatibus tantum testamento delatis intelligendum. Nam ipso Jurisconsultorum ævo ad legitimas hereditates fœminæ ultra consanguineas Voconiana ratione non admittebantur, ut constat ex Paulo *loc. cit.* In legitimis igitur hereditatibus primus Justinianus fœminas masculis æquari jussit *l.* 14. *C. de legit. hered.*

VII. Jam vero in heredibus instituendis certo consilio debet regi testator. Hinc primum omnium ad formam institutionis quam maxime pertinet, ut verba usurpentur, ex quibus de testatoris mente certo constare possit: tantum haud interest hodie, directa verba sint, an inflexa. Olim quidem legislatoris exemplo testatorem directis verbis uti oportebat; verum Divus Constantinus ob inanem verborum observationem testamentis calumniam fieri vetuit, & quibuscumque verbis extrema judicia ordinari concessit *l.* 15. *C. de test.* Rursus certa demonstratione indigitandus est heres: alias institutio non consistet *l.* 4. *C. eod.* Olim ipso institutionis tempore de persona heredis constare oportebat; eo si foret incerta, hereditatem frustra vindicabat Ulp. *fragm.* 22.4. & §.25. *inst. de legat.* Verum ob personæ incertitudinem Justinianus institutiones vitiari vetuit, modo eam

eventus postea demonstraret §. 27. *eod.* Præterea suomet arbitrio testator de heredibus statuere debet, neque eorum institutionem in alienam voluntatem conferre potest. Hinc vitiosam institutionem pronunciavere veteres; *quos Titius voluerit, heredes sunto.* Id ita placuit, ne ex aliena libidine testamentorum jura penderent *l.*32. *princ. ff.h.t.* Maxime cavendum denique, ne captatoria sit institutio. Ejusmodi institutionem, tamquam bonis moribus adversam, Senatus obtinere vetuit: qui enim alterius hereditatem captat, sæpiuscule captat & mortem. Recte igitur amplissimus ordo prohibuit, gratiam testamentis elicere, eaque lege heredem scribere quempiam, ut, qui scripsit, ab eo vicissim scribatur heres *l.*1. *ff. de his, quæ pro non script. hab.* Neque vero interest, in ipsumne, qui captatur, an captio dirigatur in alium, modo per interpositam personam, veluti filium, nepotemve, alteri offa videatur objecta *l.*71.§.1. *ff. h.t.* Illud adverti velim, captatoriam institutionem in futurum conferri oportere; veluti *qua ex parte me Titius heredem scribet, ex ea heres esto d. l.* 71. §. 1. Proinde Senatus haud vetuit, gratiam testamento rependi, herede instituto, a quo antea instituti fuerimus: ea enim institutio potius remunerationis, quam captationis causa fieri videtur *l.* 29. *ff. eod.* Vide Bynkershoek. *de capt. inst. c.* 8. *& sequent.*

VIII. Porro cum paganum quempiam testato & intestato decedere jus civile non patiatur, ac testatum & intestatum inter naturalem veluti pugnam deprehendant Jurisconsulti *l.* 7. *ff. de reg. jur.* ex die, aut ad diem, seu ex certo tempore, aut ad certum tempus heredem scribi non posse

posse placuit §. *9. h. t.* Cum enim potestate juris defunctum repræsentet heres, semel heres factus perpetuo defunctum repræsentare debet. Quod tamen diximus, certum institutioni tempus non posse adjici, non ita quidem intelligendum, quasi, si secus fiat, institutio vitietur: tantum tempus adjectum jure civili rejicitur, tamquam si adjectum haud foret: eo sublato igitur institutio rata manebit *l. 34. ff. h. t.* Quod si tempus incertum institutioni fuerit appositum, conditionis loco censebitur, seu plane non constet, an, & quando sit exiturum; seu certum sit quidem extiturum esse, sed incertum, quando. Ita sane, si quis instituatur, *ubi Cajus decesserit*, tempus adjectum conditionem facit. Incertum est enim, an tempus vivo herede sit exiturum: nam ante Cajum herede mortuo, institutio conditione defecta fiet exitu inutilis, ac locus legitimæ successioni patebit *l. 4. ff. quand. dies leg. ced.* Id tamen admittendum existimarim, si dies isthæc apposita fuerit extraneo; nam si ipsi heredi fuerit apposita, veluti *Titius, cum morietur, heres esto*, tempus tamquam omnino certum detrahendum videtur, quippe quod, cum viventes moriantur homines, vivo herede certo sit exiturum Gomez. *res. 1. 2. n. 11.*

IX. At vero non pure tantum, sed & sub conditione; quam *possibilem* vocant, heres potest institui §. *9. h. t.* Conditio ab incerto eventu pendere debet: proinde si in præteritum, aut in præsens conferatur, conditio proprie dici nequit *l. 10. §. 1. ff. de condit. inst.* Possibilis vero conditio non unius est generis: eam dividit Imperator *in casualem, potestativam, & mixtam l.*

un.

un. §. 7. *C. de cad. toll.* Casualis pendet ab eventu fortuito; potestativa confertur in heredis arbitrium; mixta partim a casu, partim ab arbitrio pendet. Cuicuimodi conditio sit, ea nisi impleatur, heres hereditate excidet, modo ne is, in cujus persona debuit impleri conditio, cujusve emolumento deficit, impedimento fuerit, quominus impleretur *l.* 5. §. 5. *ff. quand. dies leg. ced.* Quod si plures conditiones institutioni fuerint adscriptæ, siquidem conjunctim, parendum omnibus; sin alternatim, alterutram impleri sufficiet §. 11. *h. t.* Porro heredibus quidem extraneis quævis conditio injungi potest; verum suis heredibus masculis primi gradus jure pandectarum olim ea tantum conditio adscribi poterat, quæ in ipsorum potestate foret: id autem parenti licebat, quamvis in sola legitima filium institueret *l.86. ff. h.t.* Verum minus hodie parenti licet. Cum enim jure Codicis nullo modo legitima gravari queat, liberis in sola legitima institutis nulla conditio præscribi poterit, licet ab ipsorum voluntate pendeat *l.* 32. *C. de inoff. test.* & ibi Baldus. Conf. quæ infra differam sub rubrica *de inoff. test.*

X. Quod ad conditionem impossibilem, ei conditionis definitio applicari vix potest: a nullo enim eventu pendet, & certum est semper, non extituram. Verum hanc vocis subtilitatem insuper habuere veteres: eorum exemplo igitur vocabulo hic abutemur. Impossibilis vero conditio non tantum in jure dicitur, quæ per ipsam rerum naturam existere nequit, sed & quæ quid continet, quod cum pietate, legibus, moribusve pugnat. Ut enim Papinianus ait *in l.* 15. *ff. de cond. inst. quæ facta lædunt pietatem, existimationem, vere-*

recundiam nostram, &, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. Utravis vero conditio institutionibus apponatur, institutio non infirmatur §.10.*h.t.* Siquidem, quæ conditiones per rerum naturam contingere nequeunt, pro non scriptis habentur *l. 9. ff. de cond.inst.* quæ vero per leges fieri vetantur, heredi remittuntur *l.20.ff. eod.* At vero impossibilis conditio institutionem non vitiabit, si revera cum natura, vel jure pugnet: si enim possibilis sit sua sponte, heredis respectu tamen impossibilis videatur, institutio corruet *arg. l.4. ff. de statulib.* Ab impossibili conditione parum abesse videtur, quæ perplexa dicitur: quæ enim in ea continentur, ita secum pugnant, ut exitum habere nequeant. Ejusmodi conditionis exemplum ita a Marciano proditum in *l. 16. ff. de cond. inst. Si Titius heres erit, Sejus heres esto: si Sejus heres erit, Titius heres esto.* Verum conditio isthæc effectu juris ab impossibili differt, & institutionem prorsus infirmat *d. l. 16. ff. eod.* Eodem jure censebatur olim institutio præpostera, in qua scilicet institutio confertur in præsens, a futura tamen conditione pendere præcipitur. Verum præposteras institutiones, aut contractus ratos Justinianus haberi jussit: tantum conditionis eventum expectari voluit, ut deferri tandem hereditas, aut solutio urgeri posset *l. 25. C. de testament.*

XI. Jam vero discrimen statuere veteres inter conditionem impossibilem contractibus, ac testamentis appositam. Ut enim advertimus, impossibili conditione testamentis adjecta, institutionem ratam habendam censuerunt; contra si quid impossi-

possibile contractibus adjiceretur, eos per impossibilem conditionem vitiari pronunciarunt *l.* 31. *ff. de oblig. & act.* Discrimen inde repetendum, quod contrahentes in conditionem impossibilem consentientes jocari præsumuntur, neque serio creduntur egisse, conditione interposita, quam sciant impossibilem esse: contra testator aut in exitu vitæ positus, aut certe de mortalitate cogitans serio agere velle præsumitur, eique aliud agenti conditionem impossibilem excidisse putandum. Sunt, qui putant, moribus hodiernis ipsas etiam institutiones, impossibili conditione apposita, ob seriæ voluntatis in testatore defectum, ejusve veluti dementiam, vitiosas censeri oportere, eaque in re a jure civili descitum. Verum, qui ita sentiunt, Jurisconsultorum mentem parum videntur intellexisse. Ubi enim Jurisconsulti dixerunt, institutiones sub impossibili conditione ratas habendas, id quidem de testatore pronunciarunt, qui serio ageret, ac sana mente uteretur, ut ex Modestino liquet *in l.* 27. *ff. de condit. inst.* Proinde ultro quidem concesserim, inutilem institutionem esse, si testator non serio egisse, aut mentis impos testamenti tempore fuisse, probetur: alias inhærendum juri civili, neque eo nomine heredi scripto calumnia facessenda. Vid. *d. l.* 27. *ff. eod.*

XII. Porro tota quidem hereditas a Jurisconsultis *as* appellatur. Ut enim Balbus ait de *ass. apud Gronov. de pecun. veter. pag.* 883. *quicquid unum est, & quod ex integrorum divisione remanet, assem ratiocinatores vocant.* Inde factum, ut non solum hereditatis, usurarumve solidum, sed & ceterarum omnium ferme rerum

assis

assis vocabulo designetur. Hinc in assem satisfacere, possidere, satisdare, vendere, vindicare, in assem etiam actionem institui sexcenties dixere veteres assem pro solido usurpantes. Exempla prostant apud Calvinum *in lex. jurid. in voc. as.* Nec vero mirum, tam late patere vocabulum placuisse. As enim duodecim partes complectitur: atqui, ut scribit Hermias *in Phædr. Platon.* τελειοτητος συμβολον ὁ δωδεκα, και των αριθμων μυστικωτατος. *numerus duodenarius perfectionis est symbolum, & omnium perfectissimus.* Ejus rei causas primus Duarenus ex Galeno protulit 2. *disput.* 36. quia scilicet non alius numerus in tot partes æque commode dividi queat: και γαρ ημισυ εχει, και διμοιρον, και τεταρτον, εκτον τε, και δωδεκατον. *habet enim dimidium, & bessem, & quadrantem, septuncemque, & ipsum numerum duodenum.* Cum vero duodecim uncias as complectatur, in duodecim quoque partes a Jurisconsultis hereditas divisa fuit, earumque singulæ suo vocabulo sunt designatæ. Pars enim duodecima *uncia* est appellata, binæ unciæ *sextans*, tres unciæ *quadrans*, quatuor *triens*, quinque *quincunx*, sex *semis*, septem *septunx*, octo *bes*, novem *dodrans*, decem *dextans*, aut *decunx*, undecim *deunx*, duodecim, seu solida tandem hereditas *as* est appellatus. Verum ultra etiam processere veteres, unciæque dimidium *semunciam*, quadrantem *sicilicum*, sextantem dixere *sextulam*: cumque in plures etiam asses hereditatem partiri testatori licere statuissent §. 5. *h. t.* binos asses *dupondium*, ternos *tripondium* appellarunt. Proinde si asse quidem expleto alius sine parte sit scriptus heres, in partes viginti quatuor testator hereditatem divisisse censebi-

bitur : in semissem igitur veniet heres sine parte scriptus , modo ne expleto asse ex reliqua parte scriptus sit heres : ibi enim, cum nihil superfit , sine parte scriptus excluditur *l.* 17. §. 2. *ff. h. t.*

XIII. Cum igitur in testamenti verbis interpretandis ad mentem testatoris omnia accommodari debeant , si minus, quam duodecim uncias, distribuerit in institutione testator , in duodecim partes potestate juris resolvetur hereditas. Proinde si quis duos heredes singulos ex quadrante scripserit , ex semisse scripti singuli videbuntur *l.* 13. §. 1. & 2. *ff. h. t.* quod igitur assi deest, accrescet pro rata singulis. Hinc altero ex quadrante, altero ex semisse scripto , qui superest quadrans, pro partibus hereditariis eis accrescet, alterique uncia , alteri sextans accedet *d. l.* 13. §. 3. *ff. eod.* Contra si duodecim uncias excesserit in divisione testator, non absimili ratione decrescet pro rata singulis. Hinc ex duodecim unciis scripto Mævio, ex semisse Sempronio, Mævio bes addicetur , Sempronio triens *d. l.* 13. §. 4. *ff. eod.* At vero si ex certis rebus testator unum , pluresve scripserit, nihil de reliqua hereditate addito, licet res sint inæquales, scripti tamen heredes æqualiter heredes intelligentur *l.* 9. §. 13. *ff. eod.* Cum enim heredis titulus universalis sit, certæ rei demonstratio jus institutionis intra rem ipsam coercere nequit. Id adeo verum est, ut ne ipsum quidem testatorem eo casu jus accrescendi prohibere posse complures existiment apud Joseph. de Ros. *consult. jur.* 34. *a num.*18. *ad* 47. præsertim cum testatum, & intestatum obire paganum quempiam jus civile non pa-

patiatur *l.7. ff. de reg. jur.* Iniquius quidem visum id Bartolo ad *d. l.9.*§.13. qui in eo conflictu juris ac testamenti testamentum potius infirmandum existimat: verum eo casu ego non video, qui scriptus heres re sibi adscripta contentus jure fideicommissi reliquam hereditatem restituere compelli nequeat *arg. l. 69. princ. ff. de leg. 2.* Vide Gomez *resol. t.1. c. 10. n. 10.* Utcumque id erit, subtilitate juris civilis inspecta, moribus hodiernis quidem testati & intestati tanta pugna non videtur esse, ut contra testatoris mentem tota hereditas addicenda sit ei, cui jus accrescendi diserte testator ademerit. Saltem ubi statutum ad heredes legitimos avita bona pervenire jubet, si in bonis a se quæsitis extraneum testator instituat, ad heredes legitimos avita bona redire debent. Vid. Stryk. *ad jus mod. pand. h.t.* §. 7. *& sequent.* Ita quidem in territorio Neapolitano, ubi secundum *consuet. un. sub tit. de success. morient. sin. fil. ex testam.* bonorum antiquorum saltem dimidium ad proximos agnatos, aut cognatos redire jubetur, heres ex parte scriptus dimidium bonorum antiquorum proximis restituere debet.

TITULUS XV.

De vulgari substitutione.

NE morientium supremum arbitrium exitu foret inutile, ex latissima potestate jure Decemvirali testatori data deduxere Jurisconsulti, non solum primos heredes institui testamento posse, sed & in ipsorum deficientium locum secundos, tertios, aliosve deinceps licere substitui. Substi-

ſtitutionum vero recipiendarum non una fuit occaſio. Primo enim, cum heres in omne jus defuncti ſuccederet, adeoque & latitans æs alienum ſolvere cogeretur, facile fieri poterat, ut inſtitutus hereditatem damnoſam exiſtimans cauſam teſtamenti defereret. Deinde in tanta rerum humanarum incertitudine non raro fiebat, ut ante teſtatorem heres propero fato præreptus, capitiſve deminutionem paſſus, ne ſi vellet quidem, hereditatem adire poſſet. Naturali etiam caritate ita ſuadente, ſæpiuſcule impuberes, aut furioſi liberi inſtituendi, queis tamen intra pubertatem, aut furore non remittente obeuntibus paterno judicio ſubſtituendus heres, ne ad inviſos homines rediret hereditas. Denique cum & lege Papia lata compluſculi capere ex alieno teſtamento non poſſent, his quidem heredibus inſtitutis fiſco hereditatem deferri oportebat. His igitur caſibus ne aut inteſtati exitum paterfamilias pateretur, aut contra ipſius voluntatem ad heredes legitimos devolveretur hereditas, ex eave fiſcus quidpiam emolumenti caperet, opportuniſſimæ videbantur ſubſtitutionum ambages, ut, primo herede deficiente, ex teſtatoris judicio ad ſecundum, aut tertium, ac deinceps alios, bona redirent.

II. Quid vero ſit ſubſtitutio, generatim definiri vix poteſt: ea enim frequenter in jure non ſolum inſtitutioni ſecundi, aut ulterioris heredis accommodatur, ſed & legatariorum ſubſtitutionem indigitat *l.6. C. de legat.* Non infrequenter uſurpatur etiam de fideicommiſſis ſeu univerſalibus, ſeu ſingularibus *l.* 87. §. 2. *ff. de legat.* 2. Hinc ſubſtitutio paſſim diſpeſci ſolet in *fideicommiſſariam*, & *directam:* in directa ſubſtitutione verbis directis,

ſeu

seu civilibus, aut heredi heres, aut legatario legatarius substituitur : in fideicommissaria vero a testatore rogatur heres, legatarius, fideicommissarius, ut hereditatem, legatum, aut fideicommissum restituat. In dubio substitutio directa præsumitur: fideicommissaria enim per se quidem odiosa est, utpote heredi onus imponens: proinde non admittenda, nisi aliud res ipsa suadeat. Vid. Bald. *vol.* 2. *consf.* 35. *n.* 2. & Mant. *de conject. ult. vol.* 5.1. Directa autem heredum substitutio, de qua sermonem hic instituemus, simpliciter definiri potest *secundi heredis institutio arg. l.* 43. §. 2. *ff. de vulg. & pupill.* Substitutum enim veteres secundum heredem appellitant, licet tertio, vel ulteriori gradu substituatur. Nimirum quanta quanta sit substitutorum series, tertius, aut ulterior substitutus, si ei delata fuerit hereditas, semper effectu juris secundus est heres. Jam vero directam substitutionem divisere veteres in vulgarem, & pupillarem, prout in casum primum, alterumve fieret. Verum præter vulgarem, & pupillarem tres alias directarum substitutionum species passim distinguunt interpretes, *exemplarem* scilicet, *reciprocam*, & *compendiosam*. Exemplarem, quam exemplo pupillaris parenti concedi placuit, substitutionem mentecapti vocant : reciprocam dicunt, in qua heredes instituti invicem substituuntur : compendiosam appellant, qua verborum quidem compendio plures substitutionum species continentur. Ita sane, si pater impuberi substituat verbis, *quandocumque decesserit*, vulgarem, & pupillarem substitutionem ea formula complectetur. Verum duas tantum substitutionum species rectius cum Donel-

lo statueris *comment. 6. 23.* reliquæ enim ad alterutram commode revocari possunt. Cum enim generatim substituatur aut sub conditione, *si primus heres non erit*, aut sub conditione contraria, *si primus heres erit, ac deinde desinat heres esse*, atque in priori casu vulgaris fit substitutio, in altero pupillaris, præter vulgarem, & pupillarem alia non est admittenda. Proinde, ceteris quidem omissis, aut leviter delibatis, hoc quidem titulo de vulgari, insequenti de pupillari videbimus.

III. Principio vulgaris substitutio inde nomen accepisse videtur, quod vulgo a quolibet fieri testamento posset. Ea non in alium finem a Jurisconsultis inventa, quam ne testator sine herede decederet. Aliunde quibus permissa fuit heredis institutio, permittenda videbatur & cautio, ne sine herede decederent, si institutus ante mortem testatoris, aditamve hereditatem deficeret, aut superstes etiam causam testamenti desereret Gregor. Tholos. *Syntagm. jur.* 42. 12. Vulgarem vero substitutionem in primum casum fieri Jurisconsulti dixerunt *l.* 45. *ff. de vulg. & pupill.* Id inde factum existimarim, quia ex duobus casibus, sub quibus substitutionem fieri diximus, primum casus, *si heres non erit*, receptus jure civili fuit. Nam pupillarem substitutionem, & casum alterum, *si desinat heres esse*, serius ipsis moribus receptum fuisse crediderim. Conf. Donell. *comm.* 6. 23. *n.* 23. Cuivis autem testatori licet, in primorum heredum locum vulgariter alios substituere gradu secundo, tertio, aliove deinceps. Ubi ita fuerit a patrefamilias testamento cautum, si primi heredes haud erunt, substitutis gradu proximis

mis deferetur hereditas *princ. h.t.* Vulgariter substituendi formulæ complusculæ fingi possunt, eæque, cum solum casum respiciant *impotentiæ*, aut *noluntatis*, quam vocant, speciales videri debent. Vulgatior tamen, eaque generalis est; *si primus heres non erit:* ea enim adhibita, patebit substituto locus, seu primo scriptus nolit, seu nequeat heres esse. Verum addubitari queat, an in alterutro casu expresso omissus etiam intelligi debeat, & an exempli gratia substituto Sempronio, *si Mævius heres esse nolit*, Sempronius adhuc sit admittendus, si Mævius velit quidem, sed nequeat heres esse. Interpretes quidem plerique omnes id negant, eorumque sententia firmari videtur *l.* 10. *ff. de lib. & post.* Secus tamen pronunciavere pragmatici, quorum sententia a jure licet alienior æquitate sua in foro se commendavit. Vulgariter enim substituendo testator id maxime egisse creditur, ne intestatus decederet. Proinde æquitas ipsa suasit, ut casus expressus ad omissum extenderetur, ne quis invitus alias intestati pateretur exitum. Vid. Gomez. *resol.* 1. 3. *n.* 10. Stryk. *in caut. test. c.* 18. *m.* 1. §. 9. de Ros. *in civ. decr. prax. c.* 4. *n.* 9.

IV. Rursus formula, *si heres non erit*, in extraneo quidem herede sui juris significat, si neque sibi, neque mutato fortasse statu hereditatem alteri adeundo quæsierit; in alieno juri subjecto, si neque alteri, neque sibi mutato statu quæsierit hereditatem §. *ult. h. t.* Conf. Cujac. *observat.* 17. 21. Proinde, si filiusfamilias primo gradu sit institutus, hereditatem eo repudiante, vacuus locus substituto patebit, neque patri deferetur hereditas, modo ne patris respectu filius sit scriptus heres.

l. 3. *C. de instit. & substit.* Vid. Fachin. 4. *contr.* 63. Alias statim evanescit substitutio, ubi extraneus quidem heres hereditatem adierit, suus vero ei se immiscuerit *l.* 5. *C. de impub. & al. subst.* Verum addubitarunt interpretes, utrum, ante aditionem instituto mortuo, ad ipsius heredes transmittatur hereditas, an in ea præferendus sit substitutus. Veteri jure quidem sui tantum heredes, cum heredes ipsius juris potestate fierent, in heredes quoslibet hereditatem transmittere poterant *l.* 8. *C. de suis, & leg.* verum Theodosius & Valentinianus descendentibus omnibus, licet extra sacra paterna constitutis, generatim transmittendi copiam fieri concessit, modo in liberos tamen seu suos heredes, seu emancipatos etiam *l.un. C. de his, qui ant. apert. tab.* Denique Justinianus *l.*19. *C. de jur. delib.* intra deliberationis annum herede mortuo, in heredes quoslibet jus adeundæ hereditatis transmitti jussit, nisi defunctus eam repudiasset. Cum igitur ad heredes seu suos, seu extraneos, jus adeundi trasmittatur hodie, jure Justinianeo quidem instituti heredes substitutos excludent. Vide Gregor. Tholos. *syntagm. jur.* 42. 13. Gomez. *res.* 1. 3. *n.* 25. Struv. *exercit.* 33. 17.

V. Porro in vulgari substitutione & singuli singulis, & plures pluribus, & unus pluribus, & plures uni recte substituuntur: ipsi quoque heredes instituti substitui non prohibentur, eoque casu substitutio reciproca dicitur §. 1. *h. t. & l.* 4. §. 1. *ff. de vulg. & pupill.* Reciprocæ quidem substitutionis usus ante rogationem Papiam apud Romanos vix ullus erat. Coheres enim jure accrescendi, quod vetustissimum in urbe fuit,

& ab

& ab ipsa legum Decemviralium interpretatione deductum, deficientis partem nanciscebatur sine reciprocæ substitutionis ambagibus. Verum enimvero ubi lege Papia lata quædam tamquam caduca, quædam tamquam in caduci causa, quædam denique tamquam vacantia addici ærario, ac mox fisco placuit, eadem quoque lege jus accrescendi sublatum non generatim quidem, sed in iis tantum, quæ vivo testatore, aut ante apertas tabulas, aditamve hereditatem deficerent Ulpian. *fragm*.17. §.1. Conf. Heinecc. *ad leg. Pap.*3.5. & 9. Quoniam tamen eadem lege substitutiones haud vetitæ, testatores, qui secundos quidem heredes scribere nollent, caducariam legem elusuri ipsos institutos invicem substituebant, ne quid emolumenti ex ipsorum hereditate nancisceretur ærarium. Verum hodie legibus de caducis a Justiniano sublatis *l. un. C. de cad. toll.* veteri accrescendi jure coheres sine reciprocæ substitutionis auxilio deficientium partes vel invitus accipit, ne alias partim testatus, partim intestatus decessisse quis videatur.

VI. Jam vero si non instituti quidem heredes, sed extranei substituti fuerint, siquidem singuli singulis, substitutus instituti partem habebit: sin plures pluribus, substituti ex partibus æqualibus heredes erunt, licet inæquales partes institutis fuerint adscriptæ. Id necessitas ipsa suasit, cum eo casu dignosci nequeat, quis cui sit substitutus. At vero si ex disparibus partibus ipsi heredes scripti mutuo sint substituti, easdem præsumitur in substitutione partes dedisse testator, quæ in institutione fuerint expressæ §. 2. *h. t.* Hinc si primus ex uncia, secundus ex besse, tertius ex quadran-

te ſint inſtituti, iique mox invicem ſubſtituti fuerint, tertio repudiante, in novem partes dividendus eſt quadrans, quarum octo addicentur heredi ex beſſe ſcripto, reliqua pars ei, qui inſtitutus ex uncia fuerit *l. 24. ff. de vulgar. & pupill.* Id ita placuit, quia præſumi non poteſt, pluris a teſtatore factos heredes in ſecundo, quam in primo gradu, eoſque magis in ſubſtitutione, quam in inſtitutione dilectos eſſe: neque aliunde factum, ut ſi contraria teſtatoris voluntas non fuerit evidens, legata ab inſtitutis relicta a ſubſtitutis repetita credantur *l. 74. ff. de leg. 1.* Quod tamen de partibus in reciproca ſubſtitutione dixi, id vulgo quidem obtinere docent interpretes, ſi heredes ſcripti ſimpliciter ſint ſubſtituti. Nam ſi cujuſque nomina in ſubſtitutione fuerint expreſſa, viriles, non hereditarias partes datas videri cenſent, quia propriis nominibus in ſubſtitutione teſtator uſus non partium quidem hereditariarum, ſed perſonarum rationem præſumendus ſit habuiſſe *arg. l. 24. ff. ad Senatuſc. Trebell.* Vid. Gomez. 1. *reſ.* 5. *n.* 20.

VII. Denique in hoc argumento vulgata juris eſt regula, ſubſtitutum ſubſtituto inſtituto etiam ſubſtitutum intelligi. Hinc duobus heredibus inſtitutis, & in primi locum ſubſtituto ſecundo, ſi tertius adhuc ſecundo ſubſtituatur, primo, ac ſecundo deficiente, tertius non ſolum in ſecundi partem, ſed & in primi etiam jure ſubſtitutionis admittitur. Ejus ſententiæ princeps auctor Julianus fuit *L. 27. ff. de hered. inſt.* eamque, ratione juris ita monente, reſcripto ſuo firmavit etiam Antoninus §. 3. *h. t.* Scilicet tertius ſubſtitutus in ſecundi locum in omnem partem, quæ ſecundo defer-

ferri queat, substitutus censetur: atqui in hac specie deficiente primo, tota secundo deferretur hereditas, semis quidem tamquam coheredi, semis tamquam primi substituto. Vid. Donell. *comment. 6. 24. n. 9.* Proinde non video, qui tandem in præsenti specie quidam totam hereditatem accrescendi jure tertio deferri statuant. Jus enim accrescendi non potest intelligi, nisi in eo, qui heres ex sua parte extitit, cum alluvionis instar portio portioni dicatur accrescere *l.33.ff.de usufr.* Neque vero regeras, effectu juris nihil interesse, substitutionis, an accrescendi jure tertio deferatur hereditas. Si enim fingas, in proposita specie substitutum secundo tertium coheredem etiam institutum esse, jure substitutionis tertius primum excludet a secundi parte, quem jure tamen accrescendi haud excluderet: præ jure enim accrescendi vis substitutionis est major. Quod autem scribit Imperator *d. §. 3. h. t.* in superiori specie sine discrimine substitutum admitti, id potissimum eo pertinet, nihil interesse, utrum substitutus coheres ante, an post institutum obierit *l. 41. ff. de vulg. & pupill.* Testator enim heredi coheredem substituendo, & substituto coheredi substituendo alium, eo animo fuisse præsumitur, ut non solum instituto deficiente ad coheredem substitutum tota deferretur hereditas, sed & coherede substituto deficiente tertius substitutus heres ex asse fieret.

TITULUS XVI.

De pupillari substitutione.

PEr pupillarem substitutionem pater heredem scribit in potestate liberis, si forte in ætate pupillari decesserint. Igitur ita substitutus non solum in omne parentis patrimonium pupillo relictum, sed & in ipsius impuberis bona unde unde ei quæsita succedit *l.* 10. §. 5. *ff. de vulg. & pupill.* Scilicet ejusmodi substitutione filio parens testamentum facit, neque ipsi testatori, & gradu secundo succeditur, sed pupillo potius, & gradu primo, tamquam si pupillus ipse sibi scripsisset heredem *princ. h. t.* Proinde vulgaris quidem substitutio vere substitutio est, quia per eam gradu secundo ipsi testatori succeditur; pupillaris vero re ipsa potius institutio videri debet, quia per eam gradu primo pupilli hereditas substituto defertur. Substitutionem autem pupillarem *in secundum casum* veteres fieri dixerunt, quia serius vulgari substitutione fortasse per prudentum interpretationem recepta fuit. Nimirum vulgariter substituendi facultas ipso Decemvirali carmine contineri videbatur ob latissimam potestatem inibi testatori datam: ea enim, licet in gradu secundo, sibimet tamen paterfamilias heredem instituebat. At in pupillari substitutione parens alteri, & in alienis rebus scribebat heredem; quo quidem latissima illa testandi facultas pertingere non videbatur, quicquid contra moliatur Heineccius *ad Vinn. princ. h. t.* Verum ut sæpe alias favore pupillorum a rigore juris Romæ descitum, ita in ipsorum quoque gratiam,

tiam pupillarem substitutionem admitti placuit. Cum enim substitutus pupillaris plerumque ignoraretur, & incertum esset, an in tabulis pupillaribus ad proximos heredes redire juberetur hereditas, adversus agnatorum insidias tutior pupillus esse videbatur, si ei pupillariter substitutum a patre foret. Neque enim temere quispiam facinus aggreditur, cujus emolumentum ad alios pervenire queat. Hinc adversus pupilli utilitatem facere dicitur, qui quoquo modo pupillarem substitutionem impugnat *l.* 42. *princ. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Quicquid autem in pupillari substitutione parenti permittitur, certis sub legibus permitti placuit. Earum aliæ ab ipsorum liberorum persona pendent; alias ipsa conditio substitutionis exposcit; aliæ in externis solemnibus pupillaris testamenti versantur. De singulis accurate videndum.

II. Principio igitur non omnibus promiscue liberis pupillariter substituere licet, sed impuberibus in potestate tantum, quique testatore mortuo in alterius potestatem non sint recasuri *l.* 2. *princ. ff. de vulg. & pupill.* Licebit igitur eo modo postumis etiam substituere sine sexus, gradusve discrimine, seu instituti, seu etiam exheredati fuerint *l.* 1. §. 2. *ff. eod.* Neque obstat, quod ab eo, cui nil dedimus, legari nequeat. Qui enim ab alio legat, ei demit, quod adjiciatur alteri; contra impuberi exheredato substituens testamento parens ei potius adjicit, cum utile pupillo sit, heredem habere paterno judicio *l.* 42. *princ. ff. de acquir. vel omitt. her.* At vero ut substitutio pupillaris rite consistat, non mortis tantum, sed & testamenti tempore in potestate

pa-

parentis impuberes debent esse *l.* 41. §. 2. *ff. de vulg. & pupill.* Nepotes igitur, si post avi mortem recasuri sint in patris arbitrium, ex testamento avi substitutum habere nequeunt. Filius enim familias heredem ex testamento habere non potest, eique ne de adventitiis quidem testari licet, quæ patri non acquiruntur *l. ult. C. qui test. fac. poss.* Verum ex secundo capite Vellejæ legis nepotibus, quos præcedit pater, avus substituere non prohibetur, si extrema judicia ita componat: *filius heres esto: si filius, me vivo, suus heres esse desinet, tum qui mihi ex eo nepos est, heres esto. Si nepos heres erit, & intra pubertatem decesserit, Sempronius heres esto l.* 2. *princ. de vulg. & pupill.*

III. Rursus cum non tantum liberis scriptis heredibus, sed exheredatis etiam parens pupillariter substituere queat §. 4. *h. t.* pupillaris substitutio sub duplici potest conditione fieri. Herede enim impubere instituto, conditio hæc apponetur; *si heres erit, & in ætate pupillari decesserit princ. h. t.* exheredatus vero sub ea conditione substitutum accipiet, *si intra pubertatem decesserit*. Utrovis modo substituatur, evanescet substitutio pubertatis adventu §. 8. *eod.* Cum vero non semel alias utile per inutile non vitietur, si testamento pater ultra pubertatem substitutionem produci jubeat, temporis post pubertatem adjecti mentione sublata, substitutio utilis intra pubertatem erit *l.* 14. *ff. de vulg. & pupill.* Id tamen intellige, si verbis civilibus substitutio facta fuerit: nam non solum in potestate liberos, sed extraneos etiam a nobis institutos verbis non civilibus, seu precariis rogare possumus, heredi-

ta-

tatem aliis restituere, quandocumque decesserint §. *ult. h. t.* Illud tamen addubitari queat, an, ultra pubertatem directo substituente patre, saltem ex fideicommissi causa substituto deferatur hereditas, si filius pubes obierit. Negarunt id quidem interpretes plerique omnes, ne quod propter utilitatem impuberis admitti placuit, eidem jam puberi obsit in libertate testandi. Ne singulos memorem, ita visum Goveano, Duareno, Cujacio *observat.* 11. 25. Contra non pauci statuunt post Donellum *comment.* 6. 25. *n.* 23. eo casu ex tacita voluntate testatoris fideicommissum admitti oportere. Adversus eos quidem late disputat Vinnius ad §. 8. *h. t.* sed ejus argumenta ex jure veteri sunt hausta, & in foro hodie non admittuntur. Jure enim Justinianeo quoties in verbis etiam directis apparet, ad aliquem hereditatem suam patremfamilias pervenire voluisse, ex tacita ejus voluntate fideicommissum admittendum videtur *arg.* §. 3. *quib. mod. test. infirm.* & *l.* 2. *C. comm. de leg.*

IV. Denique quod ad testamenti pupillaris externa solemnia, cum pupillaris substitutio pars, & sequela paterni testamenti sit, in facto parentis externo tria desiderantur, ut tabulæ pupillares rite consistant. Et primo quidem oportet, ut ante substitutionem sibi parens testamentum faciat *l.* 2. §. 1. *ff. de vulg.* & *pupill.* Alias absurdum foret, intestatum obeuntem quempiam heredem dare testamento liberis. Rursus inutiles adhuc tabulæ pupillares erunt, nisi primum sibi scribat heredem parens, deinde gnato substituat: alias monstri instar esset, substitutionem, quæ tamquam accessio patris testamento additur, ipsius parentis

in-

institutioni præverti. Cum igitur inutiles tabulæ pupillares sint, si, converso scripturæ ordine, primum gnatis substituat parens, heredem sibi deinde scribat, negotium facessere queat; quod scribit *in d. l. 2. §. 5.* Ulpianus, conversam scripturam scilicet substitutioni haud officere, si quis, filio substituto dato, mox eumdem filium sibi jubeat heredem esse. Vix sane alius in pandectis locus tam aperte contrarius. Vinnius, Duarenus, aliique tantum non omnes rem ita transigendam existimant, ut, si ex intervallo quidem conversa scriptura pater primum gnato substituat, deinde sibi heredem instituat, inutilis sit substitutio; sin conjunctim utrumque faciat, ac, filio substituto dato, statim sibi scribat heredem, institutione post substitutionem facta, pupillares tabulæ vitientur. Verum ejusmodi distinctionem Ulpiani verba non ferunt: is enim *in d. l. 2. §. 4.* absolute negat, scripturæ ordinem in substitutionibus converti posse. Proinde malim sententia eorum uti, qui in filio quidem exheredato scripturam converti non posse statuunt; contra idem licere, si filius instituatur heres. Sane conversam scripturam tabulis pupillaribus non nocere scribit Ulpianus, ubi filius sit scriptus heres, & aliunde in ea specie re ipsa scripturæ ordo non convertitur, cum testatoris mens ipsa suadeat, institutionem in priorem locum trahi oportere. Rem acute disserit Donellus *comment. 6. 25. n. 30. & sequ.*

V. Tertium, quod ad pupillaris substitutionis firmitatem requiritur, ex ipso patris testamento pendet. Nisi enim parentis hereditas ex substitutione sit adita, exitu inutiles tabulæ pupillares erunt *l. 2. §. 1. ff. de vulg. & pupill.* Hinc ju-

jure veteri quidem, si patris testamentum infirmaretur, seu ruptum illud esset agnatione postumi, seu rescissum foret inofficiosi querela, pupillares quoque tabulæ corruebant *d. l.* 2. *princ. ff. eod.* & *l.* 28. *ff. de inoff. test.* Tantum substitutum pupillarem admitti placuit, si res ad intestati caussam rediisset, & præterito filio bonorum possessio contra tabulas petita foret *l.*34. §. 2. *ff. de vulg.* & *pupill.* Cum enim, ut supra prævertimus, utile pupillo esset, substitutum pupillarem habere, contra tabulas bonorum possessionem Prætor indulgens pupillares tabulas ob pupilli favorem infringi vetabat. Hodie tamen, cum generatim caverit Imperator *novell.* 115. *c.* 3. ut ex præteritionis, aut exheredationis causa testamento rescisso, irrita quidem sit institutio, cetera vero testamenti capita firma consistant, seu rumpatur testamentum agnatione postumi, seu rescindatur inofficiosi querela, ratæ tabulæ pupillares erunt: eæ tandem infirmabuntur, si ex aliis caussis hereditas non fuerit adita, veluti si heres scriptus testamentum deserat, conditiove deficiat ex jure veteri *in l.* 10. §. 4. *ff. eod.*

VI. Quod tamen diximus, ex aliis caussis hereditate non adita, infirmari tabulas pupillares, id quidem caute intelligendum. Si enim heres scriptus fuerit extraneus, duabus ex causis fieri potest, ut, licet hereditas repudiata fuerit, pupillares tabulæ consistant adhuc. Primo scilicet id fiet, si beneficio ætatis omissam hereditatem repetere liceat. Ita quidem si minor institutus repudiarit hereditatem, atque in integrum restitutus impetrarit, ut eam adire liceat, hereditate adita, utiles actiones Prætor post pupilli mortem sub-

ſubſtituto decernet *l.* 2. §. 3. *ff. de vulg. & pupill.* Deinde valebunt etiam tabulæ pupillares, ſi ſcriptus heres hereditatem reſtituere rogatus eam adire recuſet, ac poſtulante fideicommiſſario coactus fuerit adire *d. l.* 2. §. 2. *ff. eod.* Quin aliquando hereditate prorſus haud adita, pupillares tabulæ rite conſiſtent. Ita ſane ſi quis omiſſa teſtamenti cauſa hereditatem ab inteſtato poſſidere malit, voluntatem teſtatoris Prætor perinde tuetur, ac ſi ex teſtamento adita foret hereditas *l.* 1. *princ. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Quod ſi ipſe in poteſtate impubes ſit ſcriptus heres, in eo ne locum quidem habere poteſt aditio, quæ voluntarii tantum heredis eſt §. 2. *inſt. de hered. qual. & diff.* Proinde cum nudum ſui heredis nomen confirmet tabulas pupillares *l.* 41. *ff. de acquir. her. & l.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poſſ.* ad earum firmitatem haud aliud plane requiritur, quam ut filius ſit patri ſuperſtes, licet paterna hereditate ſe abſtinuerit. Nam qui ſe abſtinet, licet rem ſpernat, retinet tamen nomen heredis: Jus enim abſtinendi ex juriſdictione Prætoris eſt; cumque filius ipſo jure ſit heres, Prætoris beneficium heredis nomen nequit adimere *princ. inſt. de bon. poſſeſſ.* Vid. Fabr. *decad.* 31. *err.* 8. & Aulisium noſtrum *de vulg. & pupill. ſubſt. quæſt.* 14.

VII. Jam vero qui decedens plures liberos impuberes in poteſtate habet, aut ſingulis pupillariter ſubſtituere poteſt, aut ei, qui noviſſimus intra pubertatem obierit §. 6. *h. t.* Si ſingulis ſubſtituerit, quiſque pro parentis arbitrio heredem habebit ex teſtamento; ſin ei tantum, qui noviſſimus obeat, is tantum heredem ex teſtamento habere videbitur: inter ceteros, cum inteſtati de-

decedant, jus legitimarum hereditatum servari oportebit *l.37.ff. de vulg. & pupill.* Verum postrema quidem in specie jus vetus inter, & novissimum Justinianeum interest. Scilicet jure veteri, cum mater a pupilli fratribus seu germanis, seu consanguineis excluderetur, in hereditate filii obeuntis intra pubertatem pupillus superstes matri præferebatur: proinde novissimo morienti substitutus ceterorum etiam hereditates per matris concursum neutiquam imminutas consequebatur. Contra hodie, cum jure novissimo *novell.* 118. *c.* 2. consanguineos mater excludat, cum germanis vero admittatur in capita, novissimo morienti substitutus præmortuorum fratrum hereditates non consequetur integras, sed ad eum tantum pertinebunt partes, quæ in concursu matris ultimo morienti delatæ fuerint.

VIII. Rursus substitui potest impuberi aut speciatim, aut generatim etiam. Speciatim substitui dicitur, ubi in tabulis pupillaribus substitutus nominatim exprimitur, veluti si, filio herede scripto, statim testator subdat: *si filius meus intra pubertatem decesserit, Sempronius heres esto.* Generatim substitutio fiet, si pluribus heredibus institutis, ita substituatur impuberi: *quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto.* Si postremo hoc modo substituatur, post pupilli mortem ex substitutione vocantur, *qui & scripti sunt heredes, & extiterunt, & pro qua parte heredes facti sunt* §. 7. *h. t.* Quibus sane verbis substitutionis formula generali factæ triplex indigitatur effectus. Primo enim per eam vocati tantum intelliguntur, qui heredes scripti diserte fuerint, non vero alii, quibus ra-

ratione potestatis per heredes scriptos delata fuerit hereditas. Proinde si filiusfamilias scriptus heres hereditatem patri quæsierit, si quo tempore impubes decedit, emancipatus fuerit, ipse heres ex substitutione fiet, non vero pater, qui judicio defuncti non adjuvatur. Qua quidem ratione nec heredis heres admittitur, licet alias heredis appellatione heres heredis contineatur *l.* 8. §. 1. *ff. eod.* Deinde ex ejusmodi substituendi ritu ii tantum admittuntur, qui reipsa patri extiterunt heredes: ei enim, qui parentis hereditatem repudiarit, ad capiendam hereditatem impuberis haud proderit, quod heres a patre sit scriptus *d. l.* 8. 1. *ff. eod.* Denique, ubi generalis substituendi formula fuerit adhibita, heredes easdem ex substitutione partes accipient, quas ex patris hereditate retulerint *l. 9. ff. eod.* Quæ fere omnia secus habent, si nominatim facta sit substitutio. Vid. Donell. *comm. 6. 26. n.* 11. *& sequ.*

IX. Porro si pupillus se patris hereditate non abstinuerit, eo intra pubertatem obeunte, quia parentis, ac filii bona in ejus persona cœperunt esse conjuncta, substitutus utriusque patrimonii separationem petere nequit: utriusque igitur subibit onera; utramque hereditatem amplectetur, aut neutram *l.* 10. §. 2. *ff. de vulg. & pupill.* Verum addubitari queat, utrum substitutus paternis creditoribus sine discrimine respondere cogatur, an, aliquando utriusque patrimonii separatione petita, pupilli quidem hereditate adita, parentis hereditatem adhuc repudiare possit: quæ sane quæstio non solum renata Jurisprudentia inter recentiores exarsit, sed veteres quoque Jurisconsultos exercuit. Julianus quidem, cum parentis

tis substituentis judicio pupilli hereditatem substituto deferri fortasse cerneret, substitutum sine discrimine paternis creditoribus obligari censuit, ne alias ex testamento, quod quis oppugnasset, lucrum referre videretur *l.* 40. *&* 42. *princ. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Julianum sequutus est Jabolenus *in l.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poss.* Verum rectius Marcellus plures in ea re species distinguendas existimabat. Primo enim extraneus ex asse testamento patris institutus, ac filio exheredato pupillariter substitutus, si institutionem omittere vellet, ac pupillarem substitutionem amplecti, eum censebat paternis creditoribus respondere compelli: alias, cum parentis judicium oppugnasset, ne pupilli quidem hereditate ex substitutione potiri posse *l.*40. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* Ea lex quidem de extraneo substituto accipienda; si secus fiat, manifestaria pugna suborietur cum *l.*42. *ff. eod.* idque Domin. Aulisius haud intelligens turbavit hæc fere omnia *in quæst.* 16. *de vulg. & pupill. subst.* Rursus ex ejusdem Marcelli sententia frater ex parte institutus, idemque fratri coheredi pupillariter substitutus, repudiata parentis hereditate, ex substitutione pupillo succedens bonorum separationem recte postulat, neque paternis creditoribus respondere cogitur *d. l.* 40. *ff. eod.* Nam, ut recte videtur observasse Cujacius *in comm. ad l.* 10. *ff. de vulg. & pupill.* paternum testamentum a filio in ea specie non oppugnatur: neque enim ab eo destitui dici testamentum potest, cum a fratre coherede sustineatur: quæ sane ratio, ut recte Cujacius pronunciavit ibidem, in extraneo quoque coherede perinde obtinere debet. Denique si ex asse heredi pupillo, ac pa-

parentis hereditate se abstinenti frater sit substitutus, idem Marcellus contra Julianum censuit, substitutum separationem petere posse, neque paternis creditoribus respondere compelli *d. l.42. de acquir. vel omitt. her.* Id vero vel inde confirmat Ulpianus ibidem, ne alias pupilli utilitas impugnetur, atque intestati exitum patiatur. Si enim substituto fratri separatio denegaretur, metu onerum paternorum is impuberis hereditatem repudiaret. Eo accedit alia Papiniani ratio *in l. 12. ff. de vulg. & pupill.* quod scilicet, si ex hereditate pupilli arceatur ex substitutione frater, nullum in creditores commodum sit rediturum: is enim, remotis etiam secundis tabulis, fratris impuberis hereditatem ab intestato nanciscitur.

X. Ceterum cum aliquando substitutus pupillaris paternis creditoribus respondere non teneatur, & utriusque patrimonii separationem petere non vetetur, sat, puto, liquet, in pupillari substitutione, ut duæ hereditates, ita & duo testamenta esse, alterum quidem patris, alterum vero filii §.2. *h. t.* Ne quid tamen dissimulare videar, in pupillari substitutione unum quoque testamentum sæpiuscule agnovere veteres, cum unus esset in ea testator, nec plura testamenti solemnia *l. 2. §. 4. & l.20. ff. de vulg. & pupill.* Nimirum in ea re veteres diverse loquutos comperio: prout enim expediret, aut certe non noceret tabulis pupillaribus, in eis modo unum, modo duplex testamentum esse scriptitabant. Ita quidem, ut facilius pupillaris substitutio consisteret, quasi tabulæ patris, ac filii diversæ non essent, septem in ea testes, septem signa sufficere statuebant *d. l. 20. ff. eod.* Eodem pertinet, quod quos sibi heredes necessarios

rios parens facere posset, veluti in potestate liberos, posset & filio *l.* 10. §. 1. *ff. eod.* quodque in testamento patris & filii una Falcidia servaretur *l.* 11. §. 5. *ff. ad l. Falcid.* Proinde legata, seu quæ primis, seu quæ secundis tabulis relicta essent, contribuebantur, tamquam si & ea, quæ a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legata forent *l.* 79. *ff eod.* Igitur, licet alias ex nullo testamento legata ultra vires patrimonii præstarentur, si tamen eis pupilli hereditas non sufficeret, modo sufficerent bona patris, de suo quadrante substitutus legata non imminuta præstare debebat *d. l.* 11. §. 5. *ff. eod.* Contra, quasi diversæ forent patris, ac pupilli tabulæ, ob pupilli quoque favorem obtinuit, ut qui solidum capere ex patris testamento non posset, is in substitutione ex impuberis hereditate solidum capere non vetaretur, tamquam res impuberis non a patre, sed a pupillo caperet *l.* 6. *ff. de vulg. & pupill.* Præterea licet alias uno contextu, eodemque tempore fieri testamenta debeant, ut facilius tamen heredem haberet impubes, valebant tabulæ pupillares, si perfecto sibi testamento parens alia rursus hora testamentum filio faceret *l.* 16. §. 1. *ff. de vulg. & pupill.* Denique eadem quoque de causa substituens pupillo parens eos præterire poterat, queis alias per inofficiosi querelam extremum parentis arbitrium impugnare licebat *l.* 8. §. 5. *ff. de inoff. testam.*

XI. At vero cum a liberis præterita testamento parens inofficiosi querela testamentum possit evertere *novell.* 115. *c.* 4. & aliunde quod quis per alterius personam gerit, non magis ratum esse debeat, quam si ipse fecisset, addubitari queat,

num legitima matri debeatur in hereditate impuberis, cui pater extraneum pupillariter substituerit. Cum aperte definiat Ulpianus *in l.* 8. §. 5. *de inoff. test.* testamentum impuberis a matre inofficiosum dici non posse, in tabulis pupillaribus præterita parens olim ne legitimam quidem ex hereditate pupilli vindicare poterat. Cum enim, ut infra liquebit, inofficiosi querela eo colore inolevisset, quasi non sanæ mentis fuisset testator, eo præterito, cui legitima deberetur, pupillus quidem, qui non ipse sibi scripsisset heredem, ejus rei nomine argui non posse videbatur: contra matri adversus patris testamentum querela isthæc non competebat, quia conjugis testamentum a conjuge accusari non poterat. Omni spe igitur querelæ adversus tabulas pupillares matri præcisa, necessario per substitutum ipsa legitima excludebatur. Sunt, qui putant, a rigore Romani juris in ea re æquitatem fori recessisse hodie; pragmaticorum tamen fere communis auctoritas, ac res tantum non perpetuo similiter judicatæ id dici vetant. Vid. Afflict. *decis.* 38. *n.* 3. de Marinis *resol.*1. *c.*265. *n.* 4. de Ros. *in civil. decret. prax.* 4. *n.*40. Neque regeras, matrem in legitima per substitutum excludi non oportere saltem in territorio Neapolitano; quemadmodum ibidem per substitutionem pupillarem a parente factam agnati, aut cognati pupilli proximiores dimidio bonorum antiquorum defraudari nequeunt, ut judicatum scribit Afflictus *decis.* 310. Nam ratio discriminis inter matrem, & pupilli propinquos inde repetenda, quod adversus tabulas pupillares querela mater uti non potest, quia eas & ipsius patris testamentum esse jus fingit, & conjux testamento conjugem libe-

re

re præterire potest: contra dimidio bonorum antiquorum proximiores defraudari nequeunt, seu patris, seu filii fingatur testamentum esse. Ceterum in territorio Neapolitano, si pupillo agnati, aut cognati fuerint, matrem non legitimam quidem, sed dimidium bonorum antiquorum obliqua via nancisci putaverim. Cum enim, ut ostendemus alias, successoriæ consuetudines cessent, in medio existente patre, vel matre defuncti, ubi bonorum antiquorum dimidium contra tabulas pupillares proximioribus fuerit addictum, eorum victoria matri prodest. Ea enim existens in medio agnatis, cognatisve præripit, quod eis fuerit adjudicatum. Conf. de Marin. *resol.* 1. 129. & de Franch. *decis.* 606. *n.* 9. Quod si mater sit inops, ei a pupillari substituto saltem alimenta præstanda recte monet de Rosa *loc. cit.* *n.*45.

XII. Quod tamen diximus, a substituto pupillari matrem excludi legitima, id quidem generatim admitti nolim. Id enim procedet tandem, si substitutio pupillaris fuerit expressa: nam si tacita ea fuerit, & in vulgari expressa contineatur, recte statuunt post Accursium interpretes fere omnes ad *l.* 8. *C. de impub. & al. subst.* ad matrem non tantum legitimam, sed & pupilli bona omnia, excluso substituto, redire. Eam sane controversiam, ratione juris ita monente, secundum Papiniani sententiam aperte pro matre definivit Justinianus *in l.* 9. *C. de instit. & subst.* Scilicet vetus Romæ quæstio fuerat, an in vulgari expressa tacita substitutio pupillaris contineretur, eaque de re Ciceronis ævo Centumvirali judicio disceptatum novimus ex Quintil. *instit. orat.* 7.7. Contra legitimos quidem heredes pronunciavere Centumviri, eam-

que sententiam postea confirmarunt Marcus & Severus *in l.4.princ. ff. de vulg. & pupill.* Neque enim verisimile videri poterat, patremfamilias, qui substitutum heredem esse voluisset, si filius heres non esset, eumdem excludi voluisse, si filius heres esset, & intra pubertatem obiret. Verum enimvero, quam extensionem pupilli favor expressit, ut cum testamento decederet, in matris perniciem humanioribus jurisconsultis convertenda non videbatur, ne odiosa voluntatis interpretatione luctuosa pupilli hereditas matri præriperetur. Vide Domin. Aulisium *de vulg. & pupill. subst. quæst.* 4. Id ipsum tamen admitti non placuit in substitutione reciproca. Si enim duo filii impuberes scribantur heredes, iique invicem substituantur, cum in ejusmodi substitutione vulgaris & pupillaris expressa contineatur, mater per substitutum excluditur *l.* 45. *ff. eod.* Atque hæc quidem in substitutione directa obtinent: si enim ea fideicommissaria fuerit, ac post mortem filius patris hereditatem alteri restituere rogetur, is quandocumque decesserit, mater non solum legitimam, sed quartam quoque Trebellianicam vindicare poterit, ut pluries in Sacro Consilio judicatum tradit Afflictus *decis.* 367. Sed nos latius isthæc, quam pro instituto. Quod superest igitur, de substitutione quasi pupillari videbimus, qua parentes liberis mentecaptis ultra pubertatem etiam rite substituunt.

XIII. Jure Antejustinianeo olim ob animi, corporisve vitium ultra pubertatem parentes liberis substituere non poterant, nisi singulari privilegio id impetrassent a Principe *l.* 43. *princ. ff. de vulg. & pupill.* Verum ejusmodi privilegium

Ju-

Justinianus in liberis mentecaptis desiderari noluit: eis enim parentibus omnibus utriusque sexus substituere concessit modo haud absimili, quam quo patri in potestate liberis substituere licet. Eo jure parentes si usi forent, ad substitutionis pupillaris exemplum substituto omnia bona deferri mentecapti jussit, si is in eadem mentis constitutione decederet *l.9. C. de impub. & al. subst.* Hinc haud absurde ejusmodi substitutionem *quasi pupillarem* vocarunt interpretes. Verum sat inscite eadem vulgo dicitur *exemplaris*. Neque enim, quia ad exemplum pupillaris inducta, eo vocabulo videbatur indigitanda. Ita enim & quarta Trebellianica exemplaris dici potuisset, quia ad exemplum Falcidiæ fuit admissa. Conf. Hillig. ad *Donell. comm. 6. 27.* Utcumque id erit, diversa est utriusque substitutionis ratio, & diversum utriusque principium. Pupillaris enim e patria potestate manat; exemplaris a caritate parentum in liberos. Proinde substitutio isthæc in multis a pupillari recedit. Primo enim tantum parentes in potestate liberis pupillariter substituere possunt; at quasi pupillariter substituere licet liberis etiam extra sacra paterna constitutis. Hinc non solum pater, aut avus emancipatis liberis, sed & ipsa mater, aut avia ita substituere non prohibentur. Deinde in pupillari substitutione liberius est parentis arbitrium, & ipsos fratres impuberis rite præterit: verum in quasi pupillari parentibus tantundem haud licet. Nam mentecapto extraneus tandem substitui poterit, si is liberis, fratribusve careat. Tantum, si plures sint liberi, aut fratres, eorum unum substituisse sat erit; ceteri impune præteriri poterunt. Perperam vero statuere complures, ad hujusmodi substitutionem re-

requiri quoque, ut mentecaptus ipse heres instituatur; alias rationem humanitatis haud pati, ut afflictis addatur afflictio. Si qui enim a patre exheredentur ex justa causa, quæ furorem præcesserit, non video, cur eis recte quidem exheredatis exemplariter substitui nequeat. Nam quod de legitima mentecapto relinquenda *loc. cit.* Justinianus addit, id quidem non eo pertinet, ut, si illa relicta non fuerit, testamentum sit ipso jure nullum, sed, ut alias, per inofficiosi querelam possit everti, si injuria mentecaptus fuerit exheredatus. Dissentit quidem Donellus *comm.* 27. *n.* 21. ei tamen videtur satisfecisse Vinnius ad §. 1. *h. t.*

T I T U L U S XVII.

Quibus modis testamenta infirmantur.

SOlemnibus testamentorum expositis, edisserendi protinus videbantur hereditatis acquirendæ, aut omittendæ modi. Cum tamen ad hereditatis delationem satis haud sit, justum ab initio testamentum esse, nisi & ejusmodi inveniatur in testatoris obitu, cumque ob vitium superveniens inutilia persæpe fiant rite testatorum ordinata judicia, de infirmandi testamenti modis in antecessum quæsitum oportuit. Testamenta scilicet non solum ob vitiosum initium corruere possunt, si ob ipsius testatoris defectum, filiorumve præteritionem sint nulla, aut ob neglecta solemnia sint injusta, sed & ab initio jure facta infirmari mox solent. Rite autem testamenta facta infirmantur aut ipso jure, vel officio judicis. Ipso jure quidem infirmabuntur, si rumpantur, irrita fiant, aut destituantur;

tur; officio vero judicis, si rescindantur per inofficiosi querelam: de quibus juris capitibus hac, & insequenti rubrica videbimus.

II. Principio igitur ruptum dicitur testamentum, cum, in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur §. 1. *h.t.* Id autem fieri potest non solum cujuscumque postumi agnatione seu naturali, seu civili, de quo supra pluscula *tit.* 13. sed posteriori etiam testamento. Generatim enim, altero rite condito, testamentum alterum omnino rumpitur, licet ex posteriori haud extet heres. Quapropter, si heres in posteriori testamento scriptus aut vivo testatore decesserit, aut defectus conditione fuerit, aliove quo modo heres haud extiterit, res in causam intestati redit. Nimirum & prius testamentum haud stabit, quippe a posteriori ruptum, & posterius firmitate carebit, cum ex eo hereditas non fuerit adita §. 2. *h.t.* Proinde cum heres ex certa re scriptus heres ex asse fiat *l.* 10. *ff. de her. inst.* si quis in posteriori testamento scriptus heres ex certa re fuerit, priori testamento rupto, totam nanciscetur hereditatem. Tantum si posteriori testamento priores quoque tabulas testator valere jusserit, in posterioribus tabulis scriptus heres re sibi data contentus, aut, si maluerit, suppleta quarta, quod superest, heredi in prioribus tabulis scripto jure fideicommissi restituet §.3. *h.t.* Alias licet priores tabulæ diserte non revocentur, per posteriores omnino rumpuntur *l.*27.*C. de testam.* Quapropter sat ridicula sedulitas notariorum est, qua scribendis testamentis adhibiti priores tabulas a testatore revocari ajunt, cum eæ sua sponte corruant potestate juris. Ejus autem juris ea ratio reddi potest, quod in ca-

calatis comitiis testamenta ritu legum condebantur olim. Quemadmodum igitur lex posterior priorem tollebat, licet eam expresse non abrogaret, ita & posteriores tabulæ priores hodie tollunt, licet eis diserte non derogent. Eo accedit, quod testamentum actus sit μονοπλευρος, seu ex uno tantum latere obligans, nec quisquam legem sibi dicere queat, a qua resilire non possit. Inde factum, ut, licet sibimet legem dicat in priori testamento testator, ne qua posterior sua voluntas priori deroget, altero testamento condito, prius rumpatur adhuc *l. 6. §. 2. ff. de jur. cod.*

III. Jam vero adeo receptum apud Romanos erat, antea conditum testamentum posteriori rumpi, ut ne secus quidem pacisci jus esset. Hinc licet quispiam de sua hereditate paciscentibus consentiret, in eorumque sententiam testaretur, altero testamento condito, prius rumpi jussit Justinianus *l. 30. C. de pact.* Quamvis vero pactorum fidem sanctiorem esse jubeant hodierni mores, ac liberior testandi facultas hodie tabulis nuptialibus coerceri soleat Stryk. *in jur. mod. pand.* 23. 4. 3. stat adhuc tamen veteris juris apud nos principium, prius testamentum posteriori rumpi, nec sibi quempiam extremum arbitrium præcidere posse. Posteriori testamento quidem pactis in alterius favorem initis derogari non potest; id ipsum tamen ex natura contractus, non testamenti manat. Ita sane si placuerit in nuptialibus instrumentis, ut quid præcipuum legetur liberis e Mævia nascituris, in eam sententiam conditum testamentum in eo capite ab altero rumpi nequit. Cum enim ex pactis initis jus pridem filiis quæsitum in ea specie videatur, prius quidem testamentum adhuc

huc a posteriori rumpetur, quatenus tamen pati poterunt pacta conventa.

IV. Porro si quis, testamento condito, intestatus obire malit, testamenti tabulas deleat, inscribat, oportet: alias legitimo heredi non proderit ad infirmandas testamenti tabulas, quod eas testator, licet coram testibus, valere se nolle dixerit. Si enim, ubi fato propero, aliave de causa perfectum haud fuerit testamentum, quod quis jam facere occœperit, priores tabulæ ruptæ dici non possunt §. 7. *h. t.* multo minus ruptum dici poterit testamentum, licet coram septem testibus ea de causa advocatis testamentum revocatum a testatore fuerit. Neque vero iniquum jus esse dixeris, quod heredes testamento scriptos præter defuncti sententiam legitimis præferri jubet. Nam serio voluntatem revocasse videri nequit, qui, cum facile delere testamentum posset, atque ita heredes scriptos excludere, nude illud revocarit. Vid. Vinn. ad *d.* §. 7. *h. t.* Enimvero olim ex Honorii & Theodosii constitutione *in l.6. C. Theod. de testam.* per solum decennii lapsum sine revocatione etiam testamentum infirmabatur; verum jure Justinianeo hodie solus decennii lapsus testamentum haud infirmat, nisi & coram testibus saltem tribus diserte revocatum a testatore fuerit *l.27. C. eod.* Alias testamentum rite perfectum ne per imperfectum testamentum quidem, nedum per nudam revocationem infirmari poterit. Verum enimvero fieri quandoque potest, ut testamentum rite perfectum ab imperfecto posteriori rumpatur. Nimirum id primo fiet, si in posterioribus tabulis heredes liberi scripti fuerint: nam ejusmodi testamentum, quod ad liberos quidem,

dem, privilegio prorsus militari censetur *l.*21.§. 1. *C. eod.* Deinde idem admitti placuit, si in posterioribus tabulis, quinque saltem testibus adhibitis, legitimi scripti fuerint heredes *d. l.*21.§.3. *C. eod.* At vero si, priori testamento rite perfecto, filius exheredatus fuerit, mox imperfecto altero quinque testibus munito cognati scribantur heredes, qui proximiores sint, remoto filio, priores tabulæ a posteriori testamento rumpentur adhuc. Id ipsum tamen non in cognatorum commodum, sed in filii favorem admisere veteres: ita enim filius in prioribus tabulis exheres rite scriptus per bonorum possessionem contra tabulas posterius testamentum impugnare posse videbatur *l.* 12. §. 1. *ff. de bon. poss. contr. tab.*

V. Infirmantur etiam testamenta, quæ irrita fieri dicuntur. Irritum fieri testamentum dixere veteres, si, rite testamento condito, capitis deminutionem passus testator esset, cuicuimodi ea foret, maxima, media, aut minima §. 4. *h. t.* & *l.6.* §.5. *ff. de injust. rupt.* Scilicet cum per maximam capitis deminutionem quis servus fieret, per mediam peregrinus, per minimam filiusfamilias, ejusmodi testamentum incidebat in casum, unde incipere non posse constabat. Testatorem enim, liberum, civem, ac patremfamilias non solum testamenti tempore, sed & mortis, oportebat esse §. 6. *h. t.* Non mirum igitur, si irritum videretur etiam testamentum eorum, qui servi pœnæ fuissent effecti, eorumve, qui damnationem ob conscientiam criminis voluntario fine præverterent, licet in civitate decederent *d. l. 6.* §. 6. & *sequ. ff. eod.* Verum, quatenus pœnæ servitus testamentis obsit jure novissimo, & quatenus hodie Neapo-

politani mores in ea re a jure Romano descive-rint, pluribus exequutus sum supra *libr.* 1. *pag.* 258. *& sequ.* Ceterum quemadmodum olim, agnatione postumi testamento rupto, bonorum possessionem scriptus heres contra juris scrupulositatem beneficio Prætoris obtinere poterat *l.*12.*princ. ff. eod.* ita & propter capitis deminutionem irrito testamento facto, heres in eo scriptus bonorum possessionem ex eo petere posse videbatur secundum testamenti tabulas, si defunctus decessisset civis, & sui juris *d.* §.*6. h. t.* Id tamen generatim non est admittendum, & perperam ibi Tribonianus testamenta irrita sine discrimine ita convalescere posse scribit. In maxima quidem, mediave capitis deminutione testamentum convalescere docuere veteres, ubi pristinus status receptus a testatore foret *l. 6.* §. 12. *ff. eod.* verum si ob minimam capitis deminutionem, adrogationem puta, irritum factum testamentum esset, id quidem haud aliter convalescere posse videbatur, quam si ad status receptionem recens aliqua voluntas accederet. Discrimen inde manavit, quod maximam, mediamve capitis deminutionem patrefamilias subeunte, præter ejus voluntatem irritum fit testamentum: eo igitur in integrum restituto, ac sublato publici juris impedimento, ratum testamentum manere debet. Contra qui, testamento jam condito, se dat adrogandum, a veteri voluntate recessisse præsumitur, neque, quos scripsit, heredes sibi esse velle: igitur sine recenti aliqua voluntate ejus extrema judicia Prætor tueri noluit *l.* 11. §. 2. *ff. de bon. poss. sec. tab.*

VI. Denique infirmatur etiam testamentum, si ex eo nemo heres extiterit, seu noluerit, seu ob

ob mortem, conditionisve defectum, nequiverit scriptus heres hereditatem adire §.7. *infr. de her. quæ ab int. def.* quo quidem casu testamentum deseri, vel destitui dixere veteres *l.9.* §. 2. *ff. de lib. & post.* Olim quidem cum, hereditate adita, ultra vires hereditarias tenerentur heredes, ipsi heredes testatori superstites hereditatem sæpiuscule omittebant. Verum enimvero, inventarii beneficio per Justinianum invecto, cum ejus effectus sit, ne ultra vires hereditarias teneatur heres, vix quisquam hodie repudiabit hereditatem, quæ sine periculo adiri queat, ubi inventarium fuerit rite confectum. Proinde, nisi scriptus heres ante testatorem obierit, aut defectus conditione fuerit, rarenter hodie fieri solet, ut testamentum destituatur. Quod tamen ad *voluntatis* casum, scripsisse nollem interpretes plerosque omnes, testamentum hodie vix posse destitui, quia scilicet, jure novissimo, omittente hereditatem herede scripto, fideicommissariis, legatariis, heredibusve legitimis potestas adeundi fiat *novell.* 1. *c.* 1. Recte enim observat Lauterbachius *de test. dest. m.*3. ibi quidem de herede cautum, qui hereditate adita, defuncti voluntatem intra annum implere detrectet, neutiquam vero de eo, qui hereditatem adire nolit. Vid. Stryk. *in jur. mod pand.* 28. 3. 12.

TITULUS XVIII.

De inofficioso testamento.

TEstamentum officio judicis, seu per sententiam, infirmari dicitur, si rescindatur per inofficiosi querelam. Per eam enim injuste exheredati, aut

aut præteriti cognati adversus heredes institutos agentes hereditatem evincunt, & res ad causam intestati redit. Scilicet instituta querela, duo quidem obtineri ab actore solent, primum, ut testamentum rescindatur; alterum, ut ejus, tamquam ab intestato, hereditas esse declaretur. Proinde ea quidem actio non præparatio petitionis hereditatis existimari debet, sed potius ipsa petitio. Vid. Noodt. ad *pand.h.t.* Isthæc autem actio *inofficiosi* dicitur, quia per eam se quis exheredatum, præteritumve contendit contra pietatis officium: nam eorum potissimum sunt officia, quos necessitudo devincit. Querela autem appellata fuit, ut in vocabulo saltem retineretur honestas, ac defuncti judicia potius per querelam, quam per accusationem, rescindi viderentur. Olim quidem, cum latissima testandi licentia patrifamilias jure Decemvirali competeret, nulla inofficiosi actio prodita apud Romanos erat, & ipsos liberos, ut occidere, ita & exheredes scribere parens impune poterat. Nimirum in tanta sanctitudine morum de paterno judicio benignius præsumi placuit, neque eo venturos patresfamilias censuere veteres, nisi atrociori facinore filiorum incensos, quo scilicet patria caritate victa paternum animum testator exueret, & oblivisceretur, se parentem esse. Verum enimvero, ubi a prisca sanctimonia descivere Romani, & novercarum ambitu expugnati parentes paternum nomen abrogaverunt, sedulo consultum oportuit, ut rescinderentur extrema judicia, quæ adversus liberos, cognatosve caritate proximos iniquiora forent.

II. Quod ad hujus autem actionis originem, dissidium interpretes fecisse comperio. Quibusdam cum Duareno ad *tit. de inoffic. test.* placuit, a Prin-

Principum constitutionibus eam repeti oportere, Contra alii cum Cujacio 14. *obs.* 14. statuerunt, eam lege Glicia introductam. Verum &, antequam Principes imperitarent, hæc actio haud infrequens Romæ fuit Valer.Max.7.7. & de lege Glicia nil adhuc certi productum. Proinde propius vero est, inofficiosi querelam auctoritate Jurisconsultorum introductam esse, eamque ab ipso jure civili argumento desumpto eos excogitasse. Cum enim jure civili furiosis haud esset testamenti factio, neque sani hominis videretur, liberos a se prognatos exheredare, eurematicis suis præsto fuere Jurisconsulti liberis, &, commento furoris invento, negarunt servari oportere testamentum ejus, qui, veluti furore percitus, extremum honorem sanguini denegasset. Sane veteres, ubi de remedio hujus actionis agunt, ad colorem dementiæ confugientes testamenti factionem defunctum habere negant, eoque cum primis pertinere videntur *l.* 2. & 5. *ff. h. t.* Cum tamen hodie querela isthæc certa lege sit definita *novell.* 115. *c.* 3. eis, qui contra pietatis officium hereditate defraudati fuerint, succurretur ex lege, neque ad infirmandum testamentum, dementiæ commento adhibito, lacessendi erunt defuncti cineres Bynkershoek. *observ.* 2. 12. Ceterum inofficiosi actio non datur cognatis omnibus, quibuscumque per exheredationem, aut præteritionem injuria facta dicatur, sed tantum liberis, parentibus, ac fratribus: si ultra cognati fuerint, eos melius facturos Ulpianus ait, si se inani sumptu non vexent *l.* 1. *ff. h.t.* Quapropter cum uni liberi, parentes, ac fratres agere inofficiosi possint, juvabit accuratius disputare de singulis.

III. Principio igitur, cum ab intestato etiam li-

liberorum caufa fit potior, & lex quædam Naturæ tacita eis parentum hereditatem addicat, cognatis omnibus in querela inofficiofi liberos præferri placuit *princ. h. t.* Quapropter eis fine discrimine querela competet, mafculi fint, feu fœminæ, feu emancipati, feu in poteftate pofiti, nati, feu poftumi, iique non modo fui, verum alieni etiam *l. 6. & 7. ff. eod.* Poftumos quidem contra jus vetus exheredari vetuit Juftinianus *l. 33. h. t.* ut proinde per *d. l. 33.* cum ejufmodi teftamentum ab initio nullum fit, ad ejus infirmationem querela poftumo opus effe non videatur. Mox tamen idem Auguftus *l. 4. C. de lib. præt.* poftumo nominatim exheredato, teftamentum ratum haberi juffit: proinde ad id infringendum hodie poftumo adhuc querela opus. At vero non omnibus promifcue liberis agere inofficiofi licet, fed tantum iis, qui fuccedendi jus habent jure feu civili, feu Prætorio. Proinde feu vulgo quæfiti, feu ex concubina fufcepti refpectu patris querela deftituuntur. Patris inquam; nam materni teftamenti refpectu agere eo nomine non prohibentur *l. 29. §. 1. ff. h. t.* Competit autem querela liberis inique feu exheredatis, feu præteritis *princ. h.t.* Exheredatos intellige aut a patre, aut ab avo paterno; præteritos vero a matre, aliove parente materno: fiquidem matris, vel avi materni filentium loco exheredationis eft. Si enim liberi prætereantur a patre, aut avo paterno, nullum ab initio teftamentum eft, fi fui fint quidem heredes *princ. inft. de exher. lib.* Sed & jure Prætorio, fi fui non fuerint, per bonorum poffeffionem contra tabulas teftamentum infringent *l. 4. ff. de bon. poff. contr. tab.*

IV. Porro, ut querela filius olim excideret, justa de caussa exheredandus erat: ejusmodi num causa foret, judicio Centumvirali definiri solebat Val. Max. 7. 7. 1. Ipsam tamen exheredationis causam testamento inseri non oportebat: ea enim haud adscripta testamentum valebat adhuc, neque aliud filio relinquebatur, quam ut doceret, se immerito exheredatum esse *l.*3. *ff. h.t.* Verum hæc ferme omnia immutavit Justinianus *novell.*115. *c.*3. Primo enim utile existimans, exheredationis causas certas esse, eas ab arbitrio judicis pendere vetuit. Eas igitur quatuordecim esse jussit; earum aliquam inseri testamento voluit, ejusque veritatem ab herede scripto probari. Hinc duo quæri cœpta, primo scilicet, an rite filius exheredari queat ex causa, quæ inter quatuordecim illas *in d. novell.* non continetur, licet ea æque gravis, aut gravior etiam videri possit; deinde, an ipso jure valeat testamentum, in quo exheredationis causa non fuerit inserta. Quod ad primum, complures quidem existimarunt, ob causas æque graves, aut graviores etiam, rite filium exheredari posse. Verum, cum Justiniano mens fuerit, lites præcidere, & ad earum segetem amputandam certas reddere exheredationis causas olim incertas, vero putarim similius, aliis de causis præter enarratas *in d. nouell.* exheredationem recte non fieri. Haud ego quidem ignoro, contrariam sententiam æquiorem plerisque visam, cum tamen diserte ibi caveat Imperator, ne quæ aliæ exheredationis causæ recipiantur, ejus mentem æquitatis obtentu nec Jurisconsultus, nec Magistratus ludificari debet: alias quid oportebat, Imperatorem tam accurate recen-

suis-

fuisse exheredationis causas a se constitutas? Quod ad alterum, ratum ab initio testamentum existimarim, licet sine elogio filius scribatur exheres, ac sine causa exheredatio facta dicatur. Quod enim *loc. cit.* Justinianus liberos exheredari, aut præteriri vetat, nisi nominatim ingratitudinis causa testamenti tabulis fuerit apposita, id non eo pertinet, quasi, si secus fiat, ab initio injustum sit testamentum, verum illud a filio subverti posse, nisi ab herede probetur, justa de causa filium exheredatum esse. Vide Noodt. ad *pand. h.t.* §.7.

V. Post liberos parentibus querela datur. Proinde, turbato mortalitatis ordine, pietatis liberorum est, luctuosam hereditatem parentibus infelicissimis solatii loco relinquere. Si secus filii testamento caveant, neglecto pietatis officio, adversus impia ipsorum judicia querela parentes adjuvabuntur §. 1. *h. t.* Parentibus autem agere inofficiosi licet, qualescumque fuerint, seu masculi, seu fœminæ, modo liberis succedere queant jure seu civili, seu Prætorio *l.* 1. *&* 14. *ff. h. t.* Proinde haud improbabile ego crediderim, de ipsius filii spurii testamento ad servandam æqualitatem matrem queri posse: ut enim supra præcepimus, matris etiam testamentum filiis spuriis accusare inofficiosi licet. Quamvis autem in liberis ratione parentum intersit, exheredati sint, an præteriti, parentes tamen seu exheredentur, seu prætereantur a liberis, ad querelam sine discrimine admittuntur, modo injuste exheredati, præteritive fuerint. Et olim quidem, quod supra de liberis observavimus, ad Justinianum usque causæ fuerunt incertæ, ex quibus parentes a liberis exheredari, vel præteriri possent. Verum Justinianus, sublata juris incer-

titudine, octo tantum ob causas parentes a liberis exheredari, vel præteriri concessit, eæque recensentur *in novell.* 155. *c.*4. Si qui igitur aliis de causis exheredentur a liberis, querela uti non prohibentur.

VI. Quod ad fratres, libera fortasse Republica, æquo cum liberis, parentibusve jure a fratribus saltem consanguineis testamentum inofficiosi coargui potuisse crediderim. Id autem mirum videri non debet, cum ejusmodi actio amicis etiam concedi soleret, idque, si tanti esset, ex Valerio Maximo facile probari posset 7. 8. Verum, adolescente jam Principatu, coercitum videri queat in ea re fratrum arbitrium. Sane Pauli Jurisconsulti ævo fratribus eo nomine tandem licebat agere, si libertus, aut extraneus in fratris testamento institutus esse diceretur *l.* 31. *ff. h. t.* Extranei dicuntur apud Paulum, qui alterius sunt municipii Gothofred. ad *l.* 1. *C. Theod. eod.* Extraneis *libertos* addidi: ita enim, una literula addita, commodior sententia videtur exsculpi posse ex *d. l.* 31. *ff. h. t.* Sic enim ibi Jurisconsultus: *quantum ad inofficiosi liberorum, vel parentum querelam pertinet, nihil interest, quis sit heres scriptus, ex libertis, an extraneis, vel municipibus.* Huic lectioni quidem vulgati codices non addicunt; eam tamen illius ævi Jurisprudentia tueri potest, & ratio ex Constantino desumpta *in l.*3.*C. Theod. h. t.* Atque hæc quidem ad Constantinum usque perennasse comperio. Is primus veterem quidem actionem adversus non municipes denegavit; aliunde tamen majus aliquid fratribus indulgeri jussit: eos enim querelam habere voluit non solum, si cum libertate servi, verum etiam, si vel turpitudine,

vel

vel levis notæ macula aspersi homines fratribus prælati forent *d. l. 3. C. Theod. h. t.* At vero fratres ex Constantini sententia non poterant inofficiosi agere, nisi & ὁμοπατριοι (*consanguinei*) forent, & in eadem familia esse pergerent, ut recte Gothofredus observat ad *d. l.* 1. *C. Theod.* Verum Justinianus primo ad consanguineas sorores etiam hanc querelam extendi voluit *l.* 27. *C. h. t.* Deinde, cum *novell.* 118. *c.* 3. ad legitimam successionem consanguineos cum uterinis vocarit sine discrimine, sorores etiam uterinas tacite ad querelam admisisse videtur. Aliunde evicta hereditate per inofficiosi querelam, res ad causam intestati redigitur ex Ulpiani sententia *in l. 6.* §. 1. *h. t.* Proinde fratris victoria sorori prodesse debet. Hinc tamen inferri nolim, quod Bachovio ad *Treutler. p.* 1. *disp.* 13. aliisque visum, evicta scilicet a fratre, vel sorore per querelam hereditate, fratris etiam, sororisve defunctæ filios in partem per repræsentationem admitti. Neque enim ex *novell.* 115. *c.* 3. testamentum per inofficiosi querelam hodie omnino rescinditur, quod juris erat Ulpiani ævo, sed tantum quatenus ad heredis institutionem attinet. Vide, quæ infra differam §. 8. Hodie igitur per querelam testamento rescisso, id quidem non prodest cognatis omnibus, sed dumtaxat illis, qui querelam instituerunt, eisve, qui eodem gradu testatori conjuncti fuerint; neutiquam vero illis, quos per repræsentationem admitti Justiniano placuit *in d. novell.* 118. *c.* 3.

VII. Ex dictis hactenus sat, puto, liquet, querelam unis liberis ac parentibus, itemque fratribus ac sororibus patere posse. Iidem tamen non peræque omnes ad querelam veniunt, sed quo-

quisque ordine ad successionem admittitur. Quod si quis ordine, vel gradu prior querelam expertus haud fuerit, seu quia noluerit, seu quia nequiverit, in ejus locum sequens ordine, vel gradu succedet. Proinde si, filiis quidem exheredatis, patre vero præterito, quis decedat, & adversus filios pronunciatum fuerit, juste eos exheredatos esse, pater in querela proximus adversus heredem scriptum recte querelam instituet *l.14. ff. h.t.* Victis enim in querela filiis, de sua injuria pater experiri potest, eique nocere non debet adversus filios lata sententia. Primo enim inter alios res judicata aliis nocere nequit: deinde filiis quidem iniquioribus testator usus optimum parentem habere potuit. Eo accedit, quod, cum intestatum patremfamilias justa querela faciat, exemplo edicti successorii primum liberis, deinde parentibus etiam querela deferri debeat. Inde fit, ut, si quis ordine, vel gradu posterior de inofficioso egerit, &, priori eum non repellente, casu obtinuerit, victoria ipsi non prosit, sed ei, qui potior in successione fuerit, eoque pertinet *l. 6. §. 1. ff. h. t.*

VIII. Porro cum querelæ actio sit hereditatis petitio ex inofficiosi causa, ea sane tamquam ab intestato petetur hereditas, testamento rescisso veluti a furioso facto. Proinde, si unus sit quidem testatori filius, is totam hereditatem per querelam evincet; sin vero plures, tantum quisque per querelam auferet, quantum habiturus fuisset, patre sine testamento mortuo. Ita quidem, a matre ex duabus filiabus altera præterita, altera instituta, unum semissem scribit Paulus a præterita vindicari oportere *l. 19. ff. h. t.* Nam & cujusque portio, parente sine testamento mortua, semissem non

ex-

excessisset. Ceterum, ut legitimis successoribus alias jus accrescendi patet, ita quoque, si quis ex filiis exheredatis, præteritisve portionem suam haud petat, alteri, qui ab initio partem tantum petere posse videbatur, necessitate juris tota addicetur hereditas *l.* 23. §. 2. *ff. eod.* Licet vero, intentione sua impleta hic ab actore, quod supra monuimus, res redeat ad intestati causam, testamentum tamen, instituta querela, aliquando pro parte tantum evertitur. Ita quidem, si plures heredes ab intestato fuerint, & unus tantum exheres scriptus de inofficioso queratur, pro parte tantum rescindentur testamenti tabulæ: quo sane casu paterfamilias exemplo prope singulari partim testatus, partim intestatus obit *l.* 19. *ff. eod.* Verum hodie, per querelam testamento rescisso, frequentissime id fieri solet. Jure enim novissimo, si inofficiosum testamentum pronunciatum fuerit, heredis tantum institutio rescindetur; legata enim, fideicommissa, tutelæ datio, rata manent *novell.* 115. *c.* 3. licet, alias ob causas infirmato testamento, hodienum omnia corruant testamenti capita.

IX. Atque hi quidem querelæ sunt effectus, si intentionem suam implerit actor. Cum vero judicium istud injuriosum sit adversus defuncti memoriam, eique notam emotæ mentis inurat, eum, qui, testamento eo nomine improbe accusato, non obtinuerit, si quid testamento acceperit, amittere voluere veteres, idque, tamquam indigno ablatum, fisco vindicari placuit *l.* 8. §. 14. *ff. de jur. fisc.* Id tamen in eo tantum admitti voluerunt, qui in lite improba ad sententiam usque perseveraret. Proinde si quis ab occœpta querela destitisset, aut decessisset ante sententiam, ei injuriam ad-

adversus defunctum remittendam existimarunt *l.* 8. *C. de his, quib. ut ind.* In dubio enim voluntatis eventu resipiscentiam in accusatore præsumi maluerunt. Hinc, puto, factum, ut si, accusatore absente, secundum præsentem pronunciatum esset, actori legatum conservaretur *d. l.* 8. §. 14. *de jur. fisc.* Sed & si actor, quod acceperit, alteri restituere rogatus fuerit, legatum tamquam indigno non adimetur, cum ob alienum factum injuria alteri fieri non debeat *d. l.* 8. §. 14. Denique & retineri legatum ab accusatore placuit, si non sponte quidem, sed officii necessitate compulsus oppugnaret alieno nomine testamentum, quo pertinet tutoris exemplum, qui, accepto legato, pupilli nomine de inofficioso agit §. 5. *h. t.*

X. Jam vero, cum odiosa querela videretur, utpote insaniæ testatorem arguens, pluribus quidem in casibus eam cessare censuere veteres. Primo enim, quotiescumque alia via hereditatis potiundæ patet, ad hoc judicium deveniri non potest §. 2. *h. t.* Proinde filii a patre præteriti, cum nullum ab initio dicere testamentum queant, ad querelam non admittuntur *l. ult. C. de lib. præt.* Deinde querela filius uti non potest, si ei renunciarit. Id autem fieri potest seu palam, seu per consequentiam. Palam querelæ renunciant, qui diserte testantur, ad eam venire se nolle *l.* 17. *ff. h. t.* Per consequentiam renunciare querelæ videntur, qui facto aliquo eam repudiant, veluti si qui testamento adscribunt, se consentire, neque eo nomine defuncti manes turbare velle *l.* 31. §. *ult. ff. eod.* Verum id obtinebit, parente jam mortuo: si enim in vita parens cum filio paciscatur, ne se mortuo inofficiosi agat, querela filius uti non prohibetur:

nam

nam meritis potius, quam impiis pactionibus ad obsequium liberos provocari placuit *l.* 35. §. 1. *C. eod.* Rursus querela perimitur, si intra quinquennium ea actum haud fuerit *l.* 8. §. *ult. ff. eod.* aut per ipsius etiam exheredati mortem. Si enim a filio querela præparata non fuerit, ea heres uti non potest *l.* 7. *ff. eod.* Tantum ipsius exheredati filio contra jus vetus a Justiniano datum, ut ei querela liceret agere, quamvis a patre præparata non foret *l.*34. *C. eod.* Præterea in pupillari substitutione quoque querela cessat. Si enim pupillariter substituat pupillo parens, fratre suo, aut pupilli matre, vel fratre præterito, ex Ulpiani sententia pupilli quidem mater, aut frater inofficiosi agere nequit, quia his quidem agentibus non pupilli, sed patris fingitur testamentum esse; rursus ne defuncti quidem frater recte videtur agere, quia eo agente, testamentum esse pupilli fingitur *l.*8. §. 5. *ff. eod.* quæ sane euremata ad tuendas substitutionis tabulas opportunissime a Jurisconsultis excogitata. Denique querela cessat generatim in testamento militis, & in ipsius etiam pagani tabulis, si bona mente filius ab eo fuerit exheredatus. Ita quidem querela cessabit, si, nepotibus institutis, prodigus filius exheres esse jubeatur, eique tantum alimenta legentur *l.* 16. *ff. de cur. furios.*

XI. Porro ad excludendam querelam legitima relinquenda liberis, aliisve cognatis. Legitima pandectarum jure est quarta pars ejus, quod ad ipsos perventurum esset, si paterfamilias intestatus decessisset *l.*8.§.6.*ff.h.t.* Proinde seu unus, seu plures sint ii, quibus permittitur de inofficioso agere, una tantum eis quarta competet inter omnes æque di-

vi-

videnda §. *ult. h. t.* Eam computari placuit, deducto ære alieno, impensa funeris, & servorum manumittendorum pretio *d. l.*8. §.*9. ff. eod.* Quo primum tempore quarta isthæc apud Romanos recepta fuerit, definire quidem haud ausim; lubens tamen amplectar opinionem eorum, qui eam repetunt ab Augusti temporibus, eamque exemplo Falcidiæ interpretatione Jurisconsultorum evaluisse censent. Cum enim cautum lege Falcidia foret, testatori licere legare dodrantem hereditatis, ejusque quadrante heredes testamento scriptos contentos esse oportere, facile sibi Jurisconsultos persuasisse crediderim, filios etiam ac parentes, accepta hereditatis quarta, inofficiosi agere non posse, cum ceterorum civium jure usi testatores essent. Sane non alia fortasse de causa liberorum legitima quarta Falcidia appellatur *in l.* 31. *C. h. t.* quam quia recepta videretur ejus exemplo.

XII. Cognatis autem relinquenda legitima uniusmodi fuerat olim, seu plures, seu pauciores liberi, fratres, parentes essent. Verum Justinianus a veteri jure recedi jussit *novell.*18. *c.* 1. Si enim liberi quatuor, aut pauciores forent, quartam minorem esse triente noluit; sin plures essent, eam ad semissem saltem hereditatis pertingere jussit. Idem in novellæ fine Justinianus observari voluit *in personis omnibus, in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio lege de inofficioso decreta foret*. Quæ quidem clausula facile evincit, auctæ legitimæ rationem ad trientem usque non minus in liberis, quam in parentibus, fratribus, sororibus ineundam esse. Jure autem veteri, si minus legitima legatum esset, exceptis casibus ab Ulpiano propositis *in l.*25. *ff.h.t.* adhuc erat querelæ locus. Verum

rum, ne levi de causa insaniæ nota defuncto videretur inuri, si minus legitima legatum foret, Justinianus inofficiosi querela testamentum oppugnari vetuit, ac legitimæ tantum supplementum peti jussit *l.* 30. *&* 31. *C. h.t.* Illud singulare quidem in liberis Justiniano placuit *l.36. princ. C. h.t.* ut ipsis legitima suppleretur ex ipsa substantia patris: in eam imputari noluit, quæ jure adventitio ad liberos pervenirent, veluti substitutionis, aut accrescendi jure. Denique olim haud intererat, quo modo quartam filius accepisset, seu hereditatis, seu legati, fideive commissi titulo, seu cujuscumque donationis, aut dotis etiam jure, modo ea in quartam imputari placuisset §.*6.h.t.* *&* *l.25. ff. eod.* Verum idem Augustus *novell.* 115. *c.* 3. legitimam seu totam, seu partem institutionis titulo relinqui voluit: alias inofficiosi querela testamentum oppugnari concessit. Id ita placuisse crediderim non solum, quod vulgo tradunt, ut exheredationis, aut præteritionis arceretur injuria, sed etiam, ut accrescendi jure tota etiam hereditate, si res ferret, liberi potiri possent.

XIII. Denique addubitari queat, ubi ex duobus filiis legitima legetur alteri, alter injuste exheredetur, in solone semisse, an in solido asse legitima instituto filio sit constituenda. Veterem hanc quæstionem aggressus est solvere Ulpianus *in l.* 8. §. 8. *ff. h. t.* eamque ita definit, ut in solo semisse legitimæ ratio sit ineunda. Hac enim in specie partem facit exheredatus; quæ proinde non ad filium in legitima institutum, sed ad heredem extraneum pertinere debet. Id inde probat Jurisconsultus, quod, si alter juste quidem exheredatus inofficiosum dicere testamentum posset, cum non

to-

totam quidem hereditatem, fed femiffem tantum petere, oporteret. Hanc tamen Ulpiani fententiam ultra propofitam fpeciem produci nolim. Si enim uterque frater injufte fuerit exheredatus, neutri legata legitima, alterutro repudiante querelam, jure quidem accrefcendi ut ad querentem tota hereditas ab inteftato pertinet teftamento refciffo, ita, fi de legitima ei conftituenda agatur, veluti quia codicillaris claufula teftamento fuerit inferta, ejus ratio in tota hereditate ineunda videtur. Ea enim in fpecie, qui querelam repudiavit, alteri partem haud facit, auctore Paulo *in l. 17. princ. ff. eod.* Ejus autem diftinctionis ductu facile Paulus intelligetur, eique cum Ulpiano conveniet. Id fi advertiffet Raphael Fulgofius, facetum de fe ludibrium non præbuiffet ad *d. l. 17.* ita fcribens: *ifte maledictus Paulus ita obfcure loquitur, ut vix poffit intelligi: fic enim eft mos Pauli, &, fi haberem eum in manibus, cum per capillos interrogarem.*

Excurfus fingularis.

De coercito teftatorum arbitrio per confuetudines Neapolitanas.

Superioribus titulis accuratius enarratæ vices Romani juris circa teftatorum arbitrium; quid ea de re fub Regibus, & in ipfis Romæ primordiis, quid Decemvirali jure fit cautum; quatenus etiam effrænis illa licentia conceffa Decemvirali carmine interpretatione Jurifconfultorum, Prætorum edictis, ac Principum conftitutionibus coangu-ftata fuerit. Quæ tamen addam, fuperfunt adhuc

huc: ipse Patriæ favor extorsit, ut seorsim exequerer, quatenus per consuetudines Neapolitanas coerceri placuerit testatorum arbitrium. Aliunde ita comparandi quidem mihi concrediti adolescentes erant, ut non solum de jure Romano, quo reguntur hodie Regni Provinciæ, sed & de jure Neapolitano non scripto, cui princeps Urbs Regni subest, responsitare possent. Ad præsens autem argumentum secundum, tertium, quartum, sextum etiam consuetudinum titulos potissimum ego retulerim. Scilicet in secundo consuetudinum titulo compilatores edisserunt, quatenus coerceatur testatoris arbitrium, si ei superstites sint justi liberi: in tertio memorant, quid testatori liceat, si sine liberis sit decessurus: in quarto subjiciunt, quatenus, & de quibus bonis filiifamilias testari queant: in sexto denique addunt, quomodo circa dotem, atque alia ibidem inserta, a matre extrema judicia sint ordinanda. Age vero omnia sigillatim expediamus.

II. Primum omnium *in consuet. un. de success. ex test.* invaluisse scribitur, ut cum liberis decedens testator de bonis a se quæsitis pro lubitu testari queat, modo legitima liberos non defraudet. Hactenus quidem cum jure Romano consuetudo convenit; verum, quod ibidem additur ex veterum pene Rerumpublicarum ingenio, ut, de paternis, maternis, & a cognatis cujuscumque lateris profectis bonis cognationis intuitu, dimidium saltem liberis legari debeat, in ea re sane a jure civili consuetudo recedit. Eo enim inspecto, solam legitimam oportet legari liberis, nec quidquam interest, utrum bona a cognatis obvenerint, an ab ipso fuerint testatore parata.

Qua-

Quapropter jure consuetudinis, patrefamilias obeunte cum bonis a quocumque cognato profectis, ac rebus a se quæsitis, separatio debet ab eo fieri; in his saltem legitimam, in illis saltem dimidium liberis legare debet: alterutro relicto, adhuc alterum a liberis peti potest. Enimvero, si hinc discesseris, in aliis plerisque capitibus consuetudo juri Romano conformis invenietur. Primo enim quemadmodum jure Romano legitima inter liberos non potest inique distribui, ejusque ratio æque in omnibus iniri debet, ita quoque prædictorum bonorum dimidium consuetudo inter liberos vetat inique dividi: patri tantum indulget jus civile interpretata fortasse, ut, si is pro filiorum aliquo quid expenderit, erogarit, in ineunda dimidii ratione possit id imputare filio, eique ceteros æquare, si velit. (Expensum, erogatum intellige non solum, si quod filio commodum paratum a patre, verum etiam si quid fuerit pro delicto solutum Napod. ad *d. consuet. un. n.39.*) Rursus in eo adhuc cum jure Romano consuetudo consonat, quod, quibus ex causis legitima liberis denegari potest, ex iisdem etiam prædicto bonorum dimidio multari queant. Denique quemadmodum jure civili neque fideicommisso, neque alio onere legitima gravari potest *l. 32. C. de inofficios. test.* ita bonorum a cognatis profectorum dimidium eodem jure censetur, neque invito filio quid ei oneris imponi debet. Hinc vulgatum apud pragmaticos illud, in dimidio bonorum, quod ex consuetudine liberis relinquendum est, *manus testatoris ligatas videri.*

III. Jam vero licet bonorum dimidium liberis ex consuetudine relinquendum exemplo legiti-

mæ

mæ fideicommisso subjici a testatore nequeat, quemadmodum tamen ipsa legitima per *cautelam*, quam Socini vocant, fideicommissi vinculo onerari potest, ita per ejusmodi cautionem etiam prædictum bonorum dimidium obliqua via potest fideicommissi onus admittere. Ea autem cautio Socini dicitur, non quia primus ejus auctor Socinus fuerit (potius enim ejus origo debetur Angelo, aut Durando, ut vidit de Luca *theatr. just. tr.1. p.3. disc.18. n.5.*) sed quia a Socino accuratius fuerit enucleata *cons.122.* Porro Socini cautio adhiberi dicitur, cum testator quid ultra legitimam, bonorumve prædictorum dimidium filio legat, ac fideicommisso subesse jubet non solum, quod ultra legatum fuerit, sed ipsam quoque legitimam, bonorumve prædictorum dimidium, ea lege apposita testamenti tabulis, ut, si filius oneri parere nolit, præcepta legitima, bonorumve dimidio, quod ultra relictum ei fuerit, restituat statim, aut quandocumque testatori placuerit. Id ubi fuerit a testatore cautum, ab ipso filio decernendum erit, utrum cum fideicommissi lege, quod ultra legatum est etiam, retinere velit, an solam legitimam, bonorumve prædictorum dimidium libere habere malit: quo quidem casu vel tacite a filio fideicommissi onus agnosci potest. Nam legitimæ liberæ tacite in ea specie renunciatum intelligitur, licet alias ei renunciatum non videatur, nisi aperte filius testatus id fuerit Andreol. *contr.* 250. de Luc. *loc. cit.* An autem Socini cautio præsumi queat per clausulam testamentis apponi solitam *omni meliori modo*, latius a pragmaticis disceptatum novimus: in ea re nobis tam di-

disertis esse non licet: vide tu sis Stryk. *de caut. test. c.* 17. *m.* 3.

IV. Illud addubitari queat, an parens pupillariter saltem liberis substituere possit in bonorum dimidio, quod ipsis ex consuetudine relinqui debet, atque ita proximiores excludere, si pupillus intra pubertatem obeat. Jure quidem Romano liberis vel in sola legitima institutis substitutum pupillarem dare parens non prohibetur. Id autem mirum videri non debet, cum substituendi facultas ex patria potestate manet, & jure veteri exheredatis etiam liberis substitutus pupillaris dari posse videretur. Inde igitur Antonius de Alexandro probari posse putabat, in bonorum consuetudini subjectorum dimidio substitutum pupillarem proximioribus pupilli cognatis præferri oportere. Contra tamen Napodanus edixit ad *consuet.un. de success. ex test.* ejusque sententia, ratione consuetudinis ita monente, Sacro Consilio se commendavit apud Afflict.*decis.*310.*n.*3. Eo enim consuetudo collineat, ut penes pupilli cognatos avita bona serventur. Neque regeras, absurdum videri oportere, jure quidem Romano ab ipsa pupilli legitima per substitutum pupillarem excludi matrem, jure vero consuetudinis ejusdem cognatos in prædicto bonorum dimidio substituto pupillari præferri. Ut enim recte ibidem observat Afflictus, per substitutum pupillarem a legitima jure civili mater excluditur, quia eo quidem intuitu patris fingitur testamentum esse, & a viro mulieri legitima relinqui non debet. Contra prædictum bonorum dimidium proximioribus omnino debetur, seu patris, seu filii fingatur testamentum esse, cum id eis ipsa *consuetudinis providentia* debeatur, ut amant loqui do-

cto-

ctores Scip.Bucin. ad *confuet. un. de fucceff. mor. fin. fil. ex teft.* Inde paffim in foro receptum, prædictum bonorum dimidium ne per legata quidem ad pias caufas imminui a teftatore poffe, quæ quidem maxime favorabilia veteres credidere pragmatici. Quid autem juris in ea re fit, fi pupilli mater cum fubftituto pupillari concurrat, latius edifferui fupra *fub tit. de fubft. pupill.* §. 11.

V. Atque ita quidem per confuetudines teftatoris arbitrium coercetur, fi ei fuperfuturi fint jufti liberi, feu nati, feu nafcituri. Si quis tamen fine liberis fit deceffurus, de bonis quidem a fe quæfitis libere ftatuere poteft, neque inde legitimam portionem cognatis ex latere legare compellitur; verum de bonis a propinquis profectis, ut fupra de parente dictum, dimidium proximioribus legare cogitur, feu ii per fœminas, feu per mafculos conjuncti fuerint. Verum enimvero cum ex Græcarum Rerumpublicarum ingenio majores noftri fummopere caverint, ne a fuis familiis avita bona difcederent, fiquidem ab agnatis bona pervenerint, proximioribus ex paterno latere ejufmodi bonorum dimidium legandum erit; fin a cognatis ea profecta fuerint, in eo proximiores ex materno latere præferri debent. Quod fi ex utroque latere bona obvenerint, ita quidem extrema judicia debet ordinare teftator, ut in paternis agnatos, in maternis cognatos faltem in dimidio præferat *confuet. un. de fucceff. mor. fin. fil. ex teft.* Si fecus quis teftamento ftatuerit, medietas ifthæc a proximioribus adhuc contra tabulas vindicari poterit. Ceterum cum ex vulgato pragmaticorum fcito confuetudines in legitima fucceffione ceffent, fi in medio pater, aut mater exi-

existat Minad. *decis.* 38. & aliunde nemo prohiberi queat heredes habere testamentarios, quos legitimos habere potest, in ejusmodi bonorum dimidio patrem, aut matrem præferre testatori licet. Quamvis igitur paterna tantum sint ei bona, in eis omnibus mater institui non prohibetur. Quid autem sit in ea re juris, si more Capuani & Nili matrimonium coaluisse dicatur, seu, quod nostrates ajunt, *alla nuova maniera*, liquebit infra §. 12.

VI. Jam vero prædicti dimidii ratio æstimari debet ex bonis, quæ ex paterno, maternove latere mortis tempore re vera defunctus habuerit. Proinde si testatori jugera centum a cognatis obvenerint, ac, distractis aliis, viginti tantum is possideat, quo tempore moritur, in solis viginti, quæ mortis tempore superfuerint, dimidii rationem iniri placuit. Neque tamen defunctum, quo tempore moritur, in prædictorum bonorum possessione fuisse sufficiet, ut eorum dimidium vindicare cognati queant: eo accedat, oportet, ut in territorio Neapolitano sint. Quapropter, si civis Neapolitanus extra Urbis terminos bona possideat, cum ea a consuetudine legem haud accipiant, is quidem libere de illis testari potest: quemadmodum contra exterus, si intra territorium Neapolitanum sint ei bona, adhuc proximioribus dimidium legare compellitur. Vid. de Franch. *in add. ad consuet. Neap.* §. 2. At vero a propinquis quidem profecta bona consuetudini suberunt, si ea ipsa penes testatorem permanserint. Si enim cum bonis a propinquis acceptis quid permutatum fuerit, vel avita pecunia prædia sint comparata, quod permutatum, aut recens comparatum est, a consue-

tu-

tudine legem haud accipiet. Isthæc enim ficte tantum videntur antiqua, & consuetudo per se quidem odiosa ad casus, qui fictionem habent, non est extendenda. Merl. *contr.* 2. 90. Hinc si res antiqua semel distracta redempta fuerit, ne ea quidem consuetudini subesse debet, ut judicatum refert in S. Conf. Carol. de Rof. *ad consuet. un. de success. mor. sin. fil. ex test. n.* 23.

VII. Porro ad ejusmodi bonorum dimidium hereditario jure succeditur. Proinde primo non agnitum transmitti nequit de Franch. *decis.* 29. *n.*2. Deinde si quid oneris in ejusmodi bonis contractum a defuncto fuerit, id quidem ex dimidio libero solvendum erit; verum si præstandis oneribus a defuncto contractis dimidium liberum satis haud fuerit, ad dimidium ex consuetudine proximioribus relinquendum deveniri potest. Si enim bona isthæc omnia a defuncto alienari in vita sine dolo poterant, obligari quoque sine dolo non vetabantur Capyc. *decis.* 195. & Minad. *ad const. in aliquibus.* 4. *notab. n.* 15. Enimvero si ad faciendam propinquis fraudem onera in vita revincatur contraxisse testator, ad ea præstanda quidem ad proximiorum medietatem progrediendum haud erit. Licet enim contractibus inter vivos initis res omnes a propinquis profectas civis Neapolitanus in alios transferre non prohibeatur, id tamen admitti voluere majores, modo alienatio, aut obligatio sine consuetudinis fraude contingeret. Inde fit, ut si quid ultra dimidium fraudulenter alienatum, obligatumve fuerit, fraude comperta, eatenus alienatio rescindi debeat, donec dimidium salvum proximiores habeant. Fraus vero facile pellucebit, si quis exempli gratia, bonis distractis, in

dere, &, veluti imminente fato, testatoris exemplo per renunciationem componit extrema judicia, post quæ aliud rite velle non potest.

X. Hactenus in speciebus versati sumus, in quibus per consuetudines Neapolitanas ultra jus Romanum testatorum arbitrium coercetur. Sed & per easdem consuetudines aliquando permittitur, quod jure Romano non licet. Nam præter scita Romani juris per eas filii, filiæve familias non de bonis quidem adventitiis omnibus, sed de rebus saltem a matre, maternove latere profectis testari possunt, modo patri, aut superiori parenti per paternam lineam legitimam testamento legent *consuet. un. de filiisfam. vol. test.* Ita igitur fieri potest, ut superstes filio parens contra jus civile usumfructum bonorum maternorum amittat, si aliis filius ea testamento leget, ut recte observat Napodanus ad *d.consuet.n.*15. Quod tamen Glossographus statim addit *n.* 16. de maternis bonis inter vivos etiam, veluti donando, filiumfamilias statuere posse, id ego quidem rectæ juris interpretationi adversari putarim. Cum enim omnis in jure correctio odiosa videri debeat, quod in consuetudine favore ultimæ voluntatis inolevisse scribitur, ad actus inter vivos non est extendendum. Quapropter per Sacrum Consilium recte judicatum, filiumfamilias materna bona contractibus inter vivos alienare non posse de Franch. *decis.*71.*n.*10. Ceterum cum consuetudo isthæc bona ipsa, non personas respiciat, in bonis extra Urbis terminos obtinere non debet Scip.Bucin. ad *d.consuet.* Proinde filiusfamilias Neapolitanus de bonis maternis extra Urbis territorium sitis testamenti factionem haud habet. Hinc, si ea partim intra Urbis terminos

sint,

fint, partim extra, filiusfamilias, testamento condito, in bonis maternis partim testatus, partim intestatus obit de Franch. *decif.* 546. *n.* 6.

XI. Illud disceptatum hic video, num filiusfamilias, relicta parenti paterno legitima, de ceteris maternis bonis pro arbitrio statuere queat in extraneorum favorem, an & proximioribus materni lateris dimidium legare compellatur secundum ea, quæ superius exequuti sumus §.5. Minadous ad *const. in aliquibus. n.*107. aliique non pauci apud de Franch. *decif.*91. *n.* 15. negant, si parenti legitima relicta fuerit, testamentum a cognatis oppugnari posse, ne alias duplici onere filiusfamilias in testando coerceatur. Verum sententia isthæc cognatis videtur iniquior. Proinde fortasse rectius cum eodem de Franch. *decif.*92. ita distinxeris, ut, si filiofamilias obeunti præter patrem superstites fratres germani sint, aliive, qui ex jure communi, aut ex consuetudine Neapolitana cum patre concurrunt, hi partem quidem cum extraneo instituto faciant; sin cognati remotiores, hi ad partem non admittantur. Ita quidem si germani cum patre concurrant, parenti legitimæ nomine relicto triente, ex reliquo besse triens alter germanis adjudicabitur, alter extraneis heredibus institutis. Quæ sane sententia æquitate sua Sacro quoque Consilio se commendavit, ne patris concursus cum exterorum heredum emolumento damno eos afficiat, qui ab intestato alias cum ipso patre vocantur de Franch. *decif.* 486.

XII. Nondum hinc abire me sinunt interpretes. Cum enim apud nos sæpissime instrumentis nuptialibus apponantur pacta *Capuani & Nili*, quæ vocant, & matrimonium contrahatur *alla nuova*

maniera, ut loqui nostrates amant, opportune quæri posse videtur, an, ita matrimonio inito, de bonis maternis filius adhuc legitimam patri legare debeat. Eo ritu quidem matrimonio coeunte, secundum instrumenta dotalia pater ab intestato filio non succedit. Multo magis igitur, si filius cum testamento decedat, legitima patrem defraudari posse vulgo doctores statuunt post Pisanellum ad *consuet. si quis, vel si qua. gloss. vide*. Ea definitio cum jure quidem apprime convenit, cum facilius ex testamento, quam ab intestato aliquis excludi possit. Adhuc tamen addubitari queat, an, si malit, in ea specie filius, præteritis fratribus uterinis, ceterisve proximioribus ex materno latere, in maternis bonis heredem patrem possit ex asse scribere. Id quidem negavere complusculi, quia per ejusmodi pactum dotalibus instrumentis appositum pater in maternis bonis, ut extraneus, haberi debet. Eo igitur instituto, tamquam si quilibet extraneus institutus esset, proximiores maternæ lineæ dimidio bonorum materni lateris, ajunt, defraudandos haud esse. Rectius tamen alii censuerunt, patrem in bonis maternis heredem ex asse scribi non prohiberi; per ejusmodi pacta quidem patrem ab intestato excludi concedunt; si vero filius cum testamento obeat, Capuanam ac Niloticam pactionem perinde habendam, ac si dotalibus instrumentis non fuisset apposita. Re igitur intra præscripta consuetudinum redeunte, per patrem existentem in medio locum consuetudini præcludi statuunt, eoque instituto, proximiores maternæ lineæ ob bona materni generis frustra agere. Ea quidem sententia videtur æquitati conformior, atque ita in Sacro Consilio judicatum tradit Camil-

nullus, Salernus ad *d. consuet. un. in gloss. referente*.

XIII. Quod ad mulieres, majores nostri earum in testamentis arbitrium longe præ viris coercuerunt. Non aliter scilicet in officio contineri posse videbatur earum sexus sua sponte corrumpi facilis, ne alias aut captatorum insidiis emungi se sinerent, aut in suorum odio pertinaciores honorem sanguini denegarent. Per consuetudines tamen inter ipsas mulieres interest, neque eodem jure censentur omnes. Si qua enim matrimonium frustra sit experta, aut quoquo modo sine liberis sit decessura; ei quidem liberior est testamenti factio secundum ea, quæ de masculis, qui sine liberis oppetunt, superius exequuti sumus. Vid. de Pont. *vol.* 2. *c.* 128. *n.* 8. de Franch. *decis.* 537. *n.* 2. de Luc. ad *eumd. in decis.* 607. *n.* 1. Contra si cui quocumque gradu sint liberi, ea de mundo quidem muliebri, ac rebus a viro donatis tempore contracti matrimonii, liberrime testari potest, modo ne defraudentur legitima liberi; verum de dote, ceterisve bonis ab agnatis, cognatisve profectis seu per successionem, seu quocumque alio lucrativo titulo, decimam tantum extraneis legare potest, reliquæ novem partes ab ea liberis relinqui debent *consuet.* 1. *de mul. hab. fil. qual. test.* Cum vero consuetudo isthæc mulieres ipsas, non bona respiciat, ea sane servari debet sine rei sitæ discrimine. Proinde, licet extra territorium bona sita dicantur, contra præscripta consuetudinis mulier testari nequit, quemadmodum ex Scipione Sanctino a Sacro Consilio pronunciatum traditur ad *d. consuet. gloss. pater*.

XIV. Jam vero cum ad rerum prædictarum

par-

partes novem ipsius consuetudinis providentia liberi vocati fuerint, ad virilem vocati censentur pro rata singuli, neque iniqua tributione partium cujusquam conditio melior, aut deterior fieri a parente potest. Rursus cum in legitima successione alias liberi primi gradus succedant in capita, ulterioris in stirpes, ea quoque in testamento tributio servari debet, prout primi, aut ulterioris gradus liberi parenti fuerint Nap. ad *d. consu.* 1. *n.* 16. Quemadmodum vero nullo pacto liberorum legitima gravari potest, ita & ejusmodi partes novem sine onere majores nostri deferri liberis voluerunt. Hinc in ejusmodi partibus filiorum fidei committi non potest, licet in substitutione vocentur legitimi successores, & ab intestato proximi de Franch. *decis.* 486. Quin, quod adverti velim, in ejusmodi novem partibus per receptam fori sententiam meliori censentur conditione liberi, quam in ipsa legitima jure Romano. Legitimam enim filiorum in vita parentes alienare possunt; at de novem partibus saltem dotis ne in vita quidem matri pro lubitu statuere licet. Proinde si sine justa causa, quæ facile probari queat, aut indulgentia Principis, æs alienum mater in dote fecerit, in novem ejusdem partibus filii creditoribus potiores erunt, quemadmodum a Sacro Consilio judicatum scribit Car. de Ros. ad *d. consuet. n.* 19. Neque regeras, in ea specie adversus filios, tamquam matris heredes, a creditoribus agi posse. Nam ad ejusmodi dotis partes filii non succedunt tamquam matris heredes, sed potius ut successores eorum, unde dotem parens acceperit, ut recte advertit de Bott. ad *d. consuet. gloss. si mulier.*

XV. Denique, quod diximus, in novem his par-

partibus virilem singulis liberis legari oportere, id quidem in fœminis exceptionem habet. Quemadmodum enim in successione legitima fœminis masculi præferri jubentur *consuet.1. de success. ab intest.* ita etiam testamento parens novem has partes masculis tantum legare debet *argum. consuet. 2. de mulier. hab. fil. qual.* Verum enimvero quemadmodum in successione legitima prælati fratres secundum *paragium*, quod ajunt, sorores dotare debent *d. consuet. 1. de success. ab intest.* ita & in successione testamentaria cum eodem onere fratres potiores erunt. Ceterum id quidem servabitur, si sorores germanæ fuerint. Si enim uterinus cum uterina concurrat, ad novem partes uterque pro virili debet admitti, neque secus parens cavere testamento potest, sicut alias in legitima successione obtinet *d. consuet. 2. de mul. hab. fil. & ibi gloss. inferebatur*. Proinde si pluribus nupta mulier ex altero viro fœmellas tantum susceperit, ex altero cum fœminis mares etiam, uterinæ sorores faciunt, accipiuntque in divisione partem; germanæ vero partem quidem faciunt, eamdem tamen haud accipient: earum enim portio germanis accrescet *d. consuet. 2. de mulier. hab. fil. qual.*

TITULUS XIX.

De heredum qualitate, & differentia.

UBi testamento, vel ab intestato cuiquam delata fuerit hereditas, ea intra præstitutum tempus adiri debet. Si secus fiat, in legitima quidem hereditate sequenti patebit successori locus; in

in testamentaria vero, si sint, qui juste aditionem urgeant, respectu substituti, heredisve legitimi hereditas repudiata censebitur *l. 69. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Solemnibus igitur testamentorum expositis, sine quibus ex testamento deferri nequit hereditas, de aditione protinus hic quæsitum oportuit, ceterisque modis, quibus delata tandem hereditas acquiri, vel omitti posset. Cum autem diversa sit hereditatis acquisitio pro ipsorum heredum diversitate, duplex argumentum præsenti rubrica Tribonianus exequitur; alterum, quod in inscriptione diserte legitur, *de heredum qualitate, & differentia*; alterum, *de acquirenda, vel omittenda hereditate.* Proinde Imperatoris sequuti vestigia primum de heredum differentia commentabimur, deinde de acquirenda hereditate videbimus.

II. Principio heredum divisio trimembris in jure est: alii enim *necessarii*, alii *sui & necessarii*, alii dicuntur *extranei*. Heres necessarius servus erat a domino heres testamento scriptus. Ita eum appellari placuit, quia, vellet, nollet, potestate juris statim a testatoris obitu citra aditionem fiebat heres §. 1. *h. t.* Id vero frequenter a dominis factitatum novimus, qui facultates suas suspectas haberent, ac testamento diffiderent. Quia enim, deserta hereditate ejus, qui solvendo non esset, libellus bonis suspendebatur, ejusque hereditatem publice sectores auctionabantur; bonis autem ita divenditis, infamia quadam defuncti manes videbantur aspergi; ad amoliendam hanc ignominiam indulgeri placuit civi Romano, ut ei jus esset, servum necessarium heredem testamento scribere, quo servi potius nomine tristis-

ſtiſſimæ voci præconis ejus bona ſubjicerentur. Inde factum, ut, ſi cui ex fideicommiſſo, aut aliunde deberetur libertas, is heres neceſſarius defuncto non fieret; quia libertatem alieno potius beneficio videbatur adeptus l. 84. *ff. de her. inſt.* Cum vero duriuſculum videretur, cum ſumma infamia invitum creditoribus obtrudi quempiam, illud hoſtimenti loco neceſſario heredi conceſſum, ut ſeparationem bonorum petere poſſet. Ea autem impetrata, ſi quid poſtea vel fortunæ beneficio, vel aliena liberalitate, vel ſua induſtria a liberto quæſitum eſſet, eo nomine a creditoribus conveniri non poterat *l.* 1. §. 18. *ff. de ſepar.* Qua quidem in re præ obærato, qui ceſſiſſet bonis, ejus longe melior conditio erat.

III. Heredes ſui & neceſſarii ſunt liberi, qui in poteſtate morientis ſunt, & primum obtinent in familia locum ſeu mortis, ſeu, ſi mavis, delatæ hereditatis tempore §. 2. *h. t.* Vide, quæ infra differam ſub initium *libr.* 3. Sui autem hi heredes dicuntur, non quia parente mortuo ſuam capere videantur hereditatem ob commune cum eo vivo dominium (quis enim umquam fando audivit, ſibimet quempiam heredem eſſe?) ſed quaſi proprii & naturales heredes, quos proinde *domeſticos* ibidem Imperator appellat. Vid. Jan. a Coſt. ad *princ. h. t.* & Schult. ad *Caii inſt.* 2. 3. *n.* 51. Porro illud ex ſuitate manat, ut ipſo jure heredes liberi ſine aditione fiant *l.* 14. *ff. de ſuis, & leg.* Inde fit, ut in ſuo herede continuetur defuncti dominium, & ubi ſuus heres eſt, jacens hereditas dici nequeat *l.* 1. *ff. de lib. & poſt. & l.*1. §.7. *ff. ſi quis om. cauſ. teſt.* Indidem quoque manat, ut licet ſuus heres parren-

rentis mortem ignoret, statim a parentis obitu hereditatem acquirat, eamque ad quoslibet heredes extraneos recta transmittat *l.* 3. *C. de jur. delib.* Sui autem heredes necessarii quoque dicuntur, quia & ipsi servorum exemplo parentum hereditatem repudiare nequeunt, nisi necessitas isthæc ultro eis remissa a parentibus testamento fuerit *l.*12. *ff. de cond.inst.* Verum enimvero cum ea necessitate liberi creditoribus, ac ceteris oneribus hereditariis obstringerentur, neque damnosam parentum hereditatem possent omittere, eos miseratus Prætor ex necessariis voluntarios esse jussit: abstinendi enim beneficio excogitato, eis fecit hereditatis derelinquendæ copiam *d.* §. 2. *h. t.* At vero hereditatis agnoscendæ necessitate remissa liberis, suitatem Prætor perimi noluit. Inde regula juris orta, sine herede non videri esse, qui suum heredem, licet se abstinentem, habet *l.* 30. §. 10. *ff. de fideic. libert.* Neque putes, id in nuda subtilitate consistere. Primo enim aliunde explicari non potest, cur pupilli etiam se abstinentis hereditas cum hereditate patris confusa censeatur *l.*28. *ff. de reb. auct. judic. possid.* Deinde, ut omittam alia, indidem facile intelligetur, cur nudum sui heredis nomen confirmet tabulas pupillares *l.* 41. *ff. de acqu. her.*

IV. Ceteri præter servos, & liberos in potestate positos, dicuntur heredes extranei, seu voluntarii, quippe qui, cum nullo potestatis vinculo testatori devinciantur, pro lubitu hereditatem agnoscunt, repudiantve §. 3. *h. t.* Proinde suspectus videri queat Caii locus 2. *instr.* 3. cum ibi heredes extranei definiantur, qui nullo propinquitatis gradu testatori junguntur, & est, cur ve-

rear,

rear, ne ibi Jurisconsultus manus Aniani senserit. Nam præter liberos in potestate positos ceteri quidem heredes censentur extranei, quoquo cognationis gradu testatori devinciantur. Ita sane extranei heredes sunt matri liberi, & cognati reliqui præter liberos in potestate positos heredes testamento scripti non nisi volentes hereditatem acquirunt. Ceterum, ne quid ego dissimulare videar, heredibus extraneis sæpiuscule opponuntur in jure non solum filii respectu matris, ac patris etiam emancipati liberi, verum & cognati generatim omnes, qui jure seu civili, seu Prætorio ab intestato vocantur. Qua quidem ratione glossema suum Anianus tueri queat, eoque pertinet Baldi illud ad *l.9. C. de coll.* tripliciter extraneum dici posse, nimirum a *suitate*, a *filiatione*, a *cognatione* denique. Verum *loc. cit.* Jurisconsultus heredes extraneos suis tantum opposuit.

V. Jam vero heredes extranei nequeunt hereditatem acquirere, nisi cum eis fuerit testamenti factio. An cuiquam sit testamenti factio, duobus temporibus inspiciendum est; primum scilicet testamenti tempore, ut ab initio constet institutio, ejusque dies utiliter cedat; deinde in testatoris obitu: intermedio tempore mutatio juris heredi non nocet. Quod si conditionalis sit institutio, tempore conditionis advenientis etiam cum herede debet esse testamenti factio. Cum enim, ut acquiratur hereditas, tempus conditionis existentis conjungi cum tempore mortis Jurisconsulti fingant, utrovis tempore cum herede non fuerit testamenti factio, hereditas ei deferri non potest. Alias, si pura sit institutio, aut defi-

nia-

niatur, an quis capere ex alieno testamento possit, duo tantum tempora spectari debent, mortis, ac testamenti scilicet §. 4. *h. t.* Neque regeras, aperte ibi Tribonianum post Jurisconsultum *in l.* 49. §. 1. *de her. inst.* hereditatis etiam adeundæ tempore testamenti factionem in herede requirere. Eo enim id pertinet, frustra cuiquam mortis tempore testamenti factionem esse, nisi & eam habeat, quo tempore hereditatem adit. Nam tempus aditionis cum tempore mortis fictione juris necessario conjungi debet: alias defuncti dominium in heredem transire non posset. Conf. quæ supra disserui *de test. ordin.* §. 3. Verum, his omissis, de hereditatis acquirendæ modis videamus.

VI. Principio cum liberi in potestate positi jure veteri heredes fierent necessitate juris, & parenti heredes naturales essent, hereditatem potius retinere, quam acquirere videbantur. Inde factum, ut, ubi benificio abstinendi invento, voluntarii heredes evaserunt ex Prætoris edicto, *adire* non dicerentur, sed *hereditati se immiscere*. Indidem quoque manavit, ut ante apertas tabulas ii decedentes ad extraneos etiam heredes hereditatem transmitterent *l.* 7. §. 1. *ff. de acqu. vel omitt. her.* Moribus hodiernis quidem liberi etiam uti aditione solent; id tamen necessitatem haud habet. Dicturus autem de hereditatis acquirendæ modis, primum omnium facessere jubeo, qui eos quatuor esse statuunt, cretionem scilicet, aditionem, pro herede gestionem, agnitionem. Si enim accuratius rationes ineas, aditione tantum, aut gestione pro herede ab extraneis acquiri potest hereditas. Neque vero ex eo, quod Jurisconsulti ajunt, hereditatem agnosci, cerni, inde inlatum oportuit, cretionem,

agni-

agnitionem, hereditatis acquirendæ modos a ceteris diversos esse. Ita enim, cum & veteres hereditatem *admitti*, *suscipi* persæpe scribant, admissionem, susceptionem etiam inter hereditatis nanciscendæ modos referri oporteret. Si quid igitur video, duobus tantum modis ab extraneis hereditatem acquiri putarim, aditione scilicet, aut gestione pro herede: qua quidem in re veteres etiam consentientes habeo, ubi loquuntur ex arte juris *l. 69. ff. de acquir. vel omitt. her.* Sane hereditatis amplectendæ voluntas indicatur vel facto, vel verbis: si facto quidem id fiat, quis dicitur pro herede gerere; sin verbis, & testato, hereditas adiri dicitur. Nec vero inquias, cretionem saltem diversum modum suscipiundæ hereditatis esse. Cretio enim in eo tantum ab aditione distabat, quod aditio quidem simplici voluntatis testatione, ac nudis verbis transigebatur; cretio vero verbis solemnibus, ac testibus præsentibus expedienda erat: si ab eo discesseris, nullum utriusque discrimen. Hinc glossæ veteres cretionem definiunt ὑπέλευσιν κληρονομίας. (*susceptionem hereditatis*) & Varro, *cernere hereditatem* nil aliud esse, scribit, quam decernere, heredem se esse velle, *de lingu. Lat. 6.* Vid. Cujac. *observat.* 7. 18.

VII. Enimvero ut totum cretionis negotium semel intelligatur, advertendum in primis, hereditatis agnitionem heredibus sæpiuscule damnosam esse seu propter æs alienum in ea latens, seu propter vim legatorum, quæ solidum non semel hauriunt, seu ob lites etiam, quibus implicari nostra non semper interest. Cum igitur sua sponte periculosa alea hereditatis foret, eaque semel adita

repudiari non posset, certum tempus indulgeri placuit, intra quod heres decerneret, agnoscenda, an omittenda esset hereditas; quibus quidem ad deliberandum induciis tum potissimum opus, si legatarii, aut creditores urgerent. Ejus autem temporis definitio remittebatur olim jus dicentis arbitrio, qui religione sua æstimabat, quantum id esse oporteret *l. 9. C. de jur. delib.* Proinde ne fori ambagibus heredes implicarentur, certum aditioni tempus patresfamilias præstituebant, quo ipso testator creditoribus, & legatariis etiam consultum ibat, ne alias protelando heres ipsorum spes frustraretur: id ubi fieret, cum cretione dicebatur institutus heres. Solemnem cretionis formulam a testatoribus usurpari solitam ejusmodi fuisse docet Ulpianus *fragm. 22. §.27. Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus scierit, poteritque: nisi ita creverit, exheres esto.* Hinc cum cretione institutus in hereditate adeunda ea formula utebatur: *cum me Mævius heredem instituerit, eam hereditatem adeo, cernoque*, ut ibidem ab Ulpiano proditum. Si igitur a verborum solemnitate discesseris, inter simplicem aditionem, & cretionem vix quidquam intererat. Ceterum cum sat scrupulosum videretur cretionis commentum, eam primum in bonis maternis abrogari placuit *l. 1. C. de mat. bon.* Deinde Justinianus cretionem omnino exolescere jussit, cum generali lege concessit, ut intra annum a morte defuncti de adeunda hereditate heredes omnes deliberare possent *l. 19. C. de jur. delib.*

VIII. His ita constitutis, hereditas ab heredibus extraneis acquiri, aut transmitti, sine adi-

tione

tione non potest. Olim, ut supra vidimus, uni liberi in potestate positi, licet parentis mortem ignorantes, hereditatem potestate juris acquirebant, eaque semel quæsita, aut retenta potius, ad ipsos heredes extraneos transmittebatur. Equidem idem beneficium ad liberos omnes extendi jusserunt Theodosius, & Valentinianus *l. un. C. de his, qui ant. apert. tab.* verum memorati Principes cujuscumque sexus, aut gradus parentum hereditatem ita quæsitam tantum ad liberos, neutiquam vero ad heredes extraneos transmitti voluerunt. Ceterum beneficio Justiniani hodie hereditas, licet non adita, ad quoslibet heredes extraneos effectu juris transmitti potest. Is enim non solum heredibus omnibus deliberationis annum concessit, intra quem de adeundo decernerent, verum, si ante aditionem decesserit heres, deliberationis anno nondum elapso, reliquum anni tempus deliberationi præstitutum ad heredes omnes transmitti jussit, modo, qui ante aditionem decessit heres, hereditatem sibi delatam esse non ignorarit *l. 19. C. de jur. del.* Eum autem deliberationis annum Justinianus indulsit, ne quando propera aditione heres exitium sibi pararet, neu ultra vires hereditarias obstringeretur. Ceterum ejusdem Augusti beneficio vix ullus hodie ex propera aditione metus. Is enim, inventario rite confecto, ultra vires hereditarias heredem teneri noluit *l. ult. §. 4. C. eod.* Rite autem fit inventarium, si intra triginta dies a scientia mortis defuncti inchoetur, intra alios sexaginta perficiatur: quod si heres absit, intra annum a die scientiæ illud perficere debet *d. l. ult. §. 2. & 3.* Hoc amplius; in eo conficiendo præter tres testes tabularius advocari debet,

iique, quorum intereſſe poterit. Denique inventario ita confecto ſubſcribere debet heres, ejuſve loco, ſi illiteratus ſit, tabularius *novell.* 1. *c.* 2. §. 1.

IX. Olim apud Romanos heres, hereditate agnita facto, vel verbis, in jura defuncti ſuccedebat ſtatim. Quod ſi qui controverſiam ei faceret, teſtamento exhibito nullo manifeſto vitio laborante, in poſſeſſionem bonorum immittebatur; mox rite inſtituto judicio quærebatur, ſi quid ab adverſario fuiſſet oppoſitum, veluti ſi quis contenderet, patremfamilias vi, dolo teſtatum, aliudve quid ſimile *l. ult. C. de edict. Div. Hadr. toll.* Verum apud nos immiſſio iſthæc decerni non ſolet, niſi heres ſibi curet expediri decretum, quod *præambuli* vocant, quia viam potiundæ hereditati ſternit. Ejus autem expediendi facultas Magnæ tantum Curiæ competit. In Regiis quidem audientiis, aut inferioribus Regni Curiis illud expediri non prohibetur, verum in Magna Curia neceſſario confirmari debet, ſi aut inſtrumentum liquidandum ſit via ritus, aut exigenda pecunia fuerit in publica menſa depoſita de Roſ. *in civil. decret. prax.* 3. 11. Ceterum ſeu ex teſtamento, ſeu ab inteſtato præambulum expediri contingat, cum illud ſine contradicto judicio plerumque transigatur, in eoque illa tantum cauſæ cognitio intercedat, qua de heredis perſona liquere poſſit, nemini præjudicium creare debet ſeu in poſſeſſorio, ſeu in petitorio Capycius Latr. *dec.* 198. Petr. *ad rit.* 181. *n.* 10. *Ann. alleg.* 19. Hinc præambulo pro aliquo jam expedito, ſi alter inauditus ad judicium legitime provocarit, ad Sacrum Conſilium re deducta, Conſiliarii delegati juſſu

jussu Magna Curia causam retractare debet, atque ad aliud præambulum rite procedere. Sed in isthæc judicium pragmaticorum esto. Vid. de Ros. *in civ. decr. prax.* 3. 140. *& sequ.* Illud admonere præstiterit, ad præcavendas in ea re fraudes ad expeditionem præambuli deveniri non oportere, nisi constet de morte defuncti, eumque testatum, aut intestatum decessisse. Exhibito testamento quidem in ea re fraudes facilius præcaveri possunt; verum, si de intestati successione quæratur, fraudulenti homines alienas hereditates facile queant intercipere. Proinde si quis ab intestato decesserit, ac pro conjuncto ex latere præambulum interponi jam debeat, expediri solet citatio per edictum, quo publice, quorum interest, moneantur omnes, ut se judicio sistant jus suum allegaturi Mont. *contr.* 43. *n.* 31. Atque ita quidem ab extraneis acquiri potest hereditas. Iidem, si eam repudiare malint, verbis, aut facto etiam voluntatem suam significabunt *l.* 95. *&* 77. *ff. de acquir. vel omitt. her.*

TITULUS XX.

De legatis.

ENucleato jure deferendæ hereditatis ex testamento, agendum protinus videbatur, qua ratione eadem deferretur ab intestato, ut totius rei successoriæ ratione explanata, reliqui per universitatem acquirendi modi enucleari possent, quem rerum tractandarum ordinem pollicitus est Imperator §. *ult. per quas pers. cuiq. acquir.* Cum tamen vix ulla testamenta scribantur, in quibus ali-

quid legari, fideive committi non soleat, opportune Justinianus hic rubricam de legatis interserit, mox de fideicommissis acturus etiam. Ita enim, omnibus testamenti capitibus absolutis, ad legitimæ successionis ambages expeditius procedi posse videbatur.

II. Principio §.1.*h.t.* legatum definitur *donatio quædam a defuncto relicta, ab herede præstanda.* Postremum definitionis comma abest apud Theophilum, & interpretes tantum non omnes illud, tamquam suppositititium, expungendum existimant. Verum, utcumque de suppositione fuerit, retinendum vel ideo existimarim, quia & legati naturam clarius exhibet, & apprime cum jure convenit. Quod enim complusculi regerunt, a vivo testatore etiam legatum repræsentari posse, id ego quidem haud inficior; verum legatum ita repræsentatum legati proprietatem amittit statim, ac donationis potius inter vivos naturam induit. Illud adverti malim, pro verbis *a defuncto relicta* apud Modestinum *in l.36. ff. de leg.2. testamento relicta* legi. Id consulto factum a Triboniano crediderim, ut inserviret novo juri per Imperatorem invecto. Nimirum Decemvirali carmine testamento tantum paterfamilias legare poterat: verum, usu codicillorum recepto, in codicillis etiam legari placuit: tandem, fideicommissorum, legatorumque discrimine ab Justiniano sublato, ab intestato etiam recte legari cœptum *l.2. C. comm. de leg.* Neque absurdum videri debet, heredem legitimum gravare quempiam, qui ab ipsa lege sine defuncti judicio hereditatem accipiat. Nam & legitima hereditas tacite saltem a defuncto videtur accipi, quia ab eo, quod fieri poterat, extremo judi-

judicio per testamentum non fuit adempta.

III. Porro, quod supra dixi, legata fideicommissis per Imperatorem æquata *l.* 2. *C. comm. de legat.* id ne ita accipias, quasi utrumque vocabulum Justinianus confundi voluerit. Nam adhuc hodie verbis directis a defuncto relictum legatum erit; si quid precative relictum fuerit, fideicommissum est appellandum. Legati igitur, & fideicommissi exæquationem eo tantum pertinere voluit Imperator, ut tantum effectu juris utrumque porro non distingueretur. Nimirum ita receptum jus fuerat olim, ut in legatis rigor juris inspiceretur; in fideicommissis favorabilior voluntatis interpretatio admitteretur, ne qua civili subtilitate corruerent. Justinianus extremorum judiciorum fautor subtilitatem juris in legatis porro spectari vetuit. Si quid igitur legato deesset, quo minus jure legati sustineri posset, ex fideicommissi natura defectum suppleri jussit. Inde fit, ut, si quid hodie jure legati peti non potest, jure fideicommissi debeatur. Vicissim, idem Augustus, si quid amplius in legatis esset, quod commodius fideicommissario foret, fideicommissis communicari voluit. Quapropter, licet fideicommisso petendo extraordinaria tantum persequutio olim actori competeret, hodie tamen Justiniani beneficio iisdem actionibus fideicommissi causa uti licebit, quæ nomine legati dantur *d. l.* 2. *C. comm. de leg.* Ceterum cum eam exæquationem a Justiniano ultimarum voluntatum favor expresserit, recte statuunt accuratiores interpretes, differentias ab Imperatore non videri sublatas, quæ a manifesta testatoris voluntate procedunt. Ejusmodi exemplum, ut omittam alia, prostat *in* §. 2. *inst. de sing. reb. per fid. rel.*

IV. Jam vero pro quadruplici olim legandi ritu quatuor erant etiam legatorum genera. Primo enim si ita legatum a defuncto foret: *do lego, capito, sumito, vindicato*, legatum *per vindicationem* videbatur. Si ita testator testamento cavisset; *heres meus damnas esto dare*; *heredem meum dare jubeo*, legatum dicebatur *per damnationem* fieri. Quod si jussisset testamento testator, *heredem sinere, quid sumere sibi* quempiam, legatum credebatur *per sinendi modum*. Denique si coheredi quid præcipuum relictum a testatore foret, *per præceptionem* legatum esse censebatur. Cuique autem legandi modo non solum diversæ formulæ præstitutæ fuerant, sed & diversum jus constitutum. Siquidem inter diversa legandi genera differentias decem & septem collegit Merillius *observ. 6. 32*. Verum enimvero primo Constantinus, Constantius, & Constans conceptas legandi formulas impune negligi voluerunt *l. 21. C. de legat.* Deinde, cum adhuc post Constantinum diversa legandi genera diversum jus sequeretur, opportune Justinianus discrimina legatorum aboleri jussit, eorumque omnium, cuicuimodi forent, eumdem effectum esse *l. 1. C. comm. de legat.* Quapropter si quæ hodie differentiæ inter diversos legandi ritus in pandectis occurrunt (occurrunt autem haud paucæ) id quidem compilatorum festinationi tribuas, qui præter Justiniani mentem quamplurima juris antiqui vestigia reliquerunt Merill. *var. ex Cujac.* 2. 10. Ejusmodi igitur differentiæ ob Justiniani exæquationem hodie servari non debent, si ab iis discesseris, quæ a manifesta testatoris voluntate manant. Ceterum in hoc titulo prolixiori quidem in Justiniano methodum jure desideres.

Pro-

Proinde ordinis, & memoriæ etiam adjutandæ gratia eam in quinque capita partiemur. Primo enim de rebus videbimus, quæ legari possunt; deinde de personis ipsis, quibus rite legatur; tertio de accrescendi jure: quarto de modo legandi: quinto de errore in legatis admisso: postremo denique actiones enucleabimus, quæ legati nomine legatario competunt.

V. Quod ad primum igitur, ut res rite legetur, commercio exempta esse non debet: si quid enim sit extra commercium, ejus ne æstimatio quidem a legatario peti potest *l.* 39. §. *ult. ff. de leg.* 1. Verum, ut utile dicatur legatum esse, rei commercium sat erit habere legatarium, licet testator, aut heres, ejus commercio careant *l.* 49. §. 4. *ff. de leg.* 2. Sed & servo si militia, aut tessera frumentaria legata fuerit, utriusque æstimationem dominus recte postulabit. Licet enim militiæ, aut tesseræ frumentariæ cives tantum participes viderentur olim, utravis legata tamen potius ad lucri inde percipi soliti æstimationem damnatus credebatur heres *l.* 11. §. 16. *ff. de leg.* 3. At vero, quod absonum videri queat, non solum res proprias, sed & alienas testator legare potest. Ea enim in specie videtur jussus heres rem alienam redimere, eamque legatario tradere. Quod si justo pretio res redimi non potuerit, ejus æstimatio saltem legatario præstari debet §.4. *h.t.* Utrumque quidem nihil iniquitatis habet. Proinde, cum *c.5. de testam.* Pontifex rei alienæ legatum improbat, deceptus inde videtur, quod falso fortasse crederet, rem vendere dominum cogi posse, ut legatario præstaretur. Utcumque id erit, utiliter res aliena legata videbitur, si eam alienam esse testator non igno-

ignorarit: alias præsumi non debet, redemptione alienæ rei heredem suum gravare voluisse quempiam *l. 67. §. 8. ff. de usufr. leg.* Quapropter, si de testatoris scientia dubitetur, nisi secus rerum adjuncta suadeant, legatarius probare debet, testatorem non ignorasse, rem alienam esse, cum præsertim alias probandi necessitas incumbat actori *d. §. 4. h. t.* Ceterum, cum defuncti voluntatem implere cogatur heres, potiori jure rem ipsius heredis testator legare poterit, licet eam suam existimet *l. 67. §. 8. ff. de leg. 2.* Ea tamen in specie, si plures heredes fuerint, damnum haud solidum heres sentiet rem suam præstare jussus, sed singuli pro portione hereditaria ratam pretii heredi damnato solvent *l. 1. C. si cert. pet.*

VI. Rursus, si cui res propria legetur, & quæ in ejus pleno sit jure, inutile legatum erit: quod enim cujusquam est, ejus amplius fieri nequit, & aliunde ejusdem rei dominium ex pluribus causis nemo sibi parare potest *l. 3. §. 22. ff. de acqu. poss.* Proinde, si testator rem propriam amico leget, suam eam existimans, inutile legatum erit *§. 10. h. t.* Cum igitur, ejusmodi re legata, inutile legatum sit testamenti tempore, licet tempore mortis ea distracta a legatario fuerit, adhuc inutile legatum existimabitur. Nam in legatis etiam tempus mortis cum testamenti tempore fictione juris conjungi debet. Quapropter ex regula Catoniana quæ legata non valerent, si testator decessisse ponatur testamenti tempore, ea inutilia adhuc erunt, quocumque tempore testator obeat *l. 1. ff. de reg. Caton.* Id ipsum tamen intellige, nisi res sub conditione legata fuerit; nam ad legatum conditionale

nale regula Catoniana non pertinet *l. penult. ff. eod.* Quod si testator rem legatarii falso crediderit, cum plus, quod in veritate, quam quod in opinione est, valere debeat, legatum non vitiatur. Generatim enim quoties res sua quasi aliena legatur, utile legatum existimabitur, quia favendum voluntati defuncti, quæ exitum habere queat §. 11. *eod.* (1).

VII. Quod si legatarius, antequam res aliena ab herede præstetur, ejus dominium nactus fuerit, distingui quidem oportet, utrum ex causa lucrativa, an onerosa eam fuerit adeptus. Si enim nactus rem fuerit ex onerosa causa, veluti emptione, cum ei, cui pretium abest, res ipsa videatur abesse, rei legatæ pretium petere ab herede potest: sin rem adeptus ex causa lucrativa fuerit, nihil potest ex testamento petere, cum duæ lucrativæ causæ in eamdem rem, & personam concurrere nequeant §. *6. h. t. & l. 17. ff. de obl. & act.*

(1) Opportunum hic fuerit advertere, *d.* §. 11. librariorum fortasse vitio, ne quid inclementius in Tribonianum statuam, in mendo cubare. Quæ enim ratio primæ speciei affertur, *plus valet*, *quod in veritate est*, *quam quod in opinione*, prorsus inepta foret, si locum retineat, quem ei addicunt vulgati codices: quasi vero legatum consistere nequeat, si re vera res sit aliena. Proinde posterioris speciei ratio coassari priori debet; prioris vero speciei ratio nonnisi posteriori convenire potest. Ita igitur restituendum existimarim totum illud institutionum caput. *Si quis rem suam quasi alienam legaverit*, *valet legatum*, *quia exitum voluntas defuncti habere potest*. *Sed etsi legatarii esse putavit*, *valere constat*. *Nam plus valet*, *quod in veritate est*, *quam quod in opinione*. Hanc ego lectionem miror hactenus præmonstrasse neminem.

& act. Cum igitur legati causa lucrativa sit, si cui res eadem duorum testamento legetur, ubi ex alterutrius testamento rem obtinuerit, ex testamento alterius ne pretium quidem recte postulabit *d.* §. *6. h. t.* Quod enim Jurisconsultus ait *in l.* 34. §. 2. *ff. de leg.* 1. in ea specie bis peti posse, id procedet tandem, si ex priori testamento non res ipsa, sed ejus æstimatio præstita ab herede fuerit. Qui enim æstimationem habet, rem ipsam non videtur habere *l.* 88. *ff. de verb. sign.* Quod si quis rem partim ex onerosa, partim ex lucrativa causa fuerit adeptus, quatenus ex causa onerosa possidet, pretium recte postulabit *l.* 82. *ff. de leg.* 1. Hinc, si cui legatum fuerit prædium alienum, ejusque proprietatem, usufructu deducto, emerit, licet cum proprietate consolidatus mox ususfructus fuerit, totum prædium ex testamento petere non prohibetur §. *9. h. t.* Neque credas, in ea specie legatarium videri plus petere, cum nudam tantum proprietatem emerit, usumfructum vero quæsierit ex lucrativa causa: ususfructus enim in ejusmodi petitione locum servitutis obtinet. Proinde mentio ususfructus omissa non magis legatario obesse debet, quam ei, qui fundum petens servitutis impositæ non meminerit. Ceterum ut sæpe alias actoris intentio judicis officio temperatur, ita hic, ubi heres ostenderit, usumfructum ad legatarium gratuito pervenisse, id tantum legatario judex præstari jubebit, quanti, deducto usufructu, foret nuda proprietas *l.* 82. §. 2. *ff. de leg.* 1.

VIII. Quid si res legata alienata ab ipso testatore fuerit? Equidem si necessitati obsequutus rem testator distraxerit, legatum adhuc præstari debet, quia præsumi non potest, alienationem initam ad-

imen-

imendi legati causa. Sin rem ultro testator alienarit, legatum peti non potest, quia adimendi animus ex voluntaria alienatione præsumitur §. 12. *h.t.* Ea autem in specie legatum adeo corruit, ut, re etiam a testatore redempta, legatum non convalescat *l.* 15. *ff. de adim. legat.* At vero si pignoris, aut hypothecæ causa res creditori obligata legata fuerit, eam luere debet heres, non legatarius, modo defunctus rem obligatam esse non ignorarit. Quod si hypothecæ nexum testator nesciverit, consistet adhuc legatum; verum a legatario res lui debet §. 5. *h. t.* Id ipsum tamen intellige, modo ne æs alienum exæquet rei pretium. Neque enim quispiam præsumi debet, inutili legato legatarium ludificari velle. Vid. Vinn. ad *d.* §. 5. *h. t.*

IX. Porro legari a testatore possunt non solum res corporales, sed incorporales etiam; ejusmodi sunt servitutes, nomina, actiones, pignora. Nomina vero dupliciter legari possunt. Primo si quis debitori leget, quod sibi debetur: deinde si leget testator creditori suo, quod ipse debet. Prius illud legatum *liberationis* dicitur §. 13. *h. t.* Si ejusmodi tamen legatum fuerit, non eam liberationem parit, qualis per solutionem, aut acceptilationem contingit, sed quæ in eventu tantum obtinetur. Debitor enim, cui liberatio legata fuerit, juris quidem rigore, testatore mortuo, conveniri adhuc ab herede potest; tantum conventus doli exceptionem habet, aut non lacessitus etiam ultro heredem convenire poterit, ut se per acceptilationem liberet *l.* 3. *ff. de liber. leg.* Quod si creditori suo, quod debet, quis leget, valet quidem legatum, si plus in legato sit, quam in debito; veluti si pure legatum

tum fuerit, quod sub conditione, aut in diem debetur: si plus in legato non sit, inutile legatum erit §.14. *h.t.* & *l.* 29. *ff. de leg.* 1. Quid si creditori legetur, cui a testatore nil debeatur? Summa quidem haud adjecta, legatum inutile pronunciavere veteres *l.* 75. *ff. de leg.* 1. eadem adjecta tamen, quatenus relictum foret, legatum utile censuerunt. Scilicet ut ob falsam demonstrationem legatum vitiari negarunt alias, ita in præsenti specie causæ defectum falsæ demonstrationis jure censeri voluerunt *l.* 25. *ff. de liber. leg.* Hinc si dotem maritus indotatæ mulieri leget, summa designata quidem, utile legatum erit; sin minus, ab uxore nil peti potest §. 15. *h.t.*

X. Raptim hic quoque videndum de legato generis, & optionis, de quibus Imperator §. 22. & *sequ. h. t.* Principio genus passim in jure dicitur, quod logici speciem vocare amant, & individua sub se plura complectitur; quemadmodum & a logicis recedentes speciem Jurisconsulti vocant rem certam, ac numero definitam, & quod *individuum* filii logicorum appellant. Utile autem generis legatum erit, modo genus definitum, & Jurisconsultorum sit, veluti servus, equus §. 22. *h. t.* Nam si generatim animal relictum fuerit, derisorium legatum videbitur, eoque vel musca tradenda heres defungi poterit. Quin, & fundo generatim legato, nullum legatum esse Papinianus scribit *l.* 69. §. 4. *de jur. dot.* Cum enim quælibet fundi portio fundus dici queat *l.* 60. *ff. de verb. sign.* vel una gleba præstanda legatarium heres facile posset eludere. Verum in ea specie nostrorum temporum æquitas suadere videtur, saltem si plura prædia in hereditate fuerint, ut eorum

rum aliquod legatario detur *arg. l.* 71. *ff. de leg.* 1. Quod si non genus simpliciter legatum fuerit, sed electio libera ex omnibus sub genere speciebus, *optio* legari dicitur. Ejusmodi legatum olim conditionem habere censebatur, *si legatarius vivus optasset*. Eo igitur ante electionem obeunte, ad heredem legatum non transmittebatur. Verum secus Justiniano placuit, qui ejusmodi legatum purum haberi jussit. Proinde hodie, si legatarius non optarit vivus, ejus heres eligere non prohibetur §. 23. *h. t.*

XI. Nondum hinc abire me sinunt interpretes. Illud enim hic definiatur, oportet, heredisne, an legatarii damno res legata pereat. Sane cum æquitas jubeat, factum proprium cuique nocere, quacumque culpa heredis res legata intercidat, heredis damno peribit *l.* 87. §. *penult. ff. de leg.* 1. Recte autem §. *ult. loc. cit.* Jurisconsultus obtinere idem pronunciat, si in præstando legato heres moram admiserit: siquidem si legatarius rem in tempore accepisset, ea fortasse alienata, poterat damnum effugere. Quod si sine heredis culpa, vel mora, res intercidisse dicatur, eam legatario perire placuit §. 16. *h. t.* Sed & in ea specie si rei legatæ pars tantum perierit, quod superest, a legatario vindicari poterit. Re enim solida legata, singulæ ejus partes legatæ videntur, idque exemplo gregis ad unam ovem redacti declarat Tribonianus §. 18. *h. t.* Secus tamen de iis est, quæ non unum corpus constituunt, & quorum alterum principale fuerit, alterum accessionis vice fungatur. Perempta enim re principali, quæ locum accessionis obtinent, a legatario vindicari nequeunt *l.* 2. *ff. de pecul. leg.* Ita quidem, servo

vo mortuo, peculii legatum extinguitur, & pereunte penu legata, vasa peti non possunt *l.* 2. *ff. de pen. leg.* Idem recte affirmat Justinianus de fundo cum instrumento legato: fundo enim distracto, instrumenti legatum extinguitur §. 17. *h. t.* Quod tamen addit, de fundo instructo legato idem obtinere oportere, in eo quidem Jurisconsulti veteres dissentire videntur: neque enim defuerunt, qui existimarent, in ea specie quæstionem voluntatis institui posse, quasi utrumque legatum principale foret, & a fundo instrumentum separatim legatum existimandum esset. Vid. Vinn. ad *d.* §.17. *h. t.* & Ulric. Hub. *in præl. eod.* §.15. Utcumque id erit, quæ de legato intercidente diximus, intelligenda sunt, si res interciderit testatore superstite. Si enim res pereat, testatore jam mortuo, cum legati dies statim cedat a testatoris obitu, quodcumque ex eo superest, seu illud accessio, seu principale sit, recte vindicabitur *l.* 12. *ff. de pecul. leg.*

XII. Quod ad personas, quibus legari potest, eas facile definieris. Generatim enim, qui testamenti factionem habent, seu capere ex alieno testamento possunt, eis recte legabitur: contra qui testamenti factione carent, eis legari non poterit §. 24. *h.t.* Ejusmodi non peregrini tantum, quique ex lege Papia jure capiundi carebant, sed incertæ quoque personæ censebantur olim. Cum enim legata ex testatoris benevolentia proficisci viderentur, nulla quidem benevolentia testator credebatur complecti posse personas, quas incerto sibi intellectu sisteret contra juris regulam, quæ extrema judicia certo consilio regi oportere statuebat Ulp. *fragm.* 22. 7. Hinc, rigore juris civilis inspecto, postumi

saltem

faltem alieni non folum inftitui, fed & legata capere vetabantur §. 26. *h. t.* Verum enimvero indignatus Juftinianus hanc juris fcrupulofitatem liberius teftatorum arbitrium coercere, perfonarum incertitudinem legatis, aut inftitutionibus obeffe vetuit, fi quandocumque de perfona certo conftare poffet §. 27. *h. t.* Quod ad monachos, ii capiendi jus in Regno dudum habuerunt, fi in Monafterio profeffi forent, quod acquirere in communi poffet; tantum ex recepta regula rei legatæ dominium Monafterio quærebatur. Cum tamen apud nos hodie Monafteria, & cetera loca, quæ *pia* vocant, res foli acquirere nequeant, eas faltem capiundi jure monachi hodie deftituuntur, licet vota nuncuparint in Monafterio, quod ante Regias ea de re literas folidum capere non vetaretur. Confer, quæ fupra præcepimus fub *tit. de her. inft.* §. 4. Actum agere hic ego nolim.

XIII. Quod ad jus accrefcendi, id in heredibus quidem neceffario admifere Prudentes. Cum enim teftatum & inteftatum inter naturalis veluti pugna videretur effe, coherede deficiente, partem vacantem hereditatis neceffario fcriptis heredibus accrefcere oportebat, ne, fi legitimis ea deferretur, contra juris regulas partim teftatus, partim inteftatus videretur deceffiffe quifpiam. Licet autem ratio eadem in legata non caderet, deficientem tamen legati partem in hereditate fubfidere noluere veteres, quia, decerpto femel ex hereditate legato, præfumpta teftatoris voluntas legatariis potius, quam heredi favere credebatur. Ita quidem inter collegatarios etiam jus accrefcendi ex jure conjunctionis evaluit. Conjunctim autem tripliciter legari poteft. Quidam enim *re & verbis* conjuncti di-

dicuntur: quidam *re* tantum; quidam *verbis* dumtaxat. Re & verbis conjuncti censentur, quibus, partibus non distinctis, eadem res eadem oratione legatur; veluti *Titio, & Mævio fundum Cornelianum do, lego*. Re conjuncti existimantur, quibus res quidem eadem, sed diversa oratione legatur; veluti *Titio fundum Cornelianum do, lego: Mævio eumdem fundum Cornelianum do, lego*. Hi & *disjuncti* aliquando dicuntur in jure, quia diversa oratione vocantur *l. 1. §. 3. ff. de usufr. accresc.* Verbis denique conjuncti putantur, quibus res quidem legatur eadem, sed partibus distinctis, & quæ mente tantum intelliguntur; veluti *Titio, & Mævio fundum Cornelianum do, lego æquis partibus*. Inter eos omnes jus accrescendi obtinet sine discrimine, neque ego video, cur post Goveanum *de jure accresc. n. 26.* quidam verbis tantum conjunctis id juris abjudicent contra apertam Pauli sententiam *in l. 89. ff. de leg. 3.* Ceterum lege quidem Papia ad locupletandum ærarium jus accrescendi valde fuit accisum Heinnecc. ad *l. Pap. 3. 11.* cum tamen idem omnino restitutum a Justiniano fuerit *l. un. C. de cad. toll.* qui hodie illud servandum negant, juris inscitiam crassiorem produnt.

XIV. Jus autem accrescendi definiri cum Cujacio potest *in paratitl. de usufr. accr. jus nanciscendæ, aut retinendæ partis ejus, qui non concurrit, vel concurrere desiit*. Verba *nanciscendæ, aut retinendæ* duplex jus, accrescendi scilicet, & non decrescendi, designant. Nam re quidem & verbis, aut verbis tantum conjunctis, altero non concurrente, re vera videtur legatum accrescere: ab initio enim pars sua cuique in ejusmodi lega-

tis

tis relicta intelligitur. Contra re tantum conjunctis, socio non concurrente, legatum potius non decrescit, cum ab initio legatum videatur cuique solidum, ut rationes init Imperator *in d. l. un. C. de cad. toll.* Sed subtilitate ista tute carere licet, cum re vera conjuncti omnes ab initio & totum, & partes habeant: potius adverti velim, re quidem conjunctos, licet invitos, deficientis portionem nancisci sine onere, si quod conjuncto fuerit appositum; contra reliquis conjunctis, licet volentibus, cum onere tamen sociis apposito legatum accrescere *d. l. un.* §. 11. *C. de cad. toll.* Id inde factum videtur, quia re conjunctis apertius solidum relinquitur ab initio, quam ut onere ceteris imposito minui illud oporteat. Postrema definitionis verba discrimen indigitant, quod inter legatum proprietatis, & ususfructus in jure accrescendi versatur. Primo enim rei proprietate legata, jus accrescendi, testatore mortuo, statim extinguitur, & quisque partem suam ad heredes transmittit. Secus in usufructu est: eo enim legato pluribus, uno deficiente, pars vacans neque in heredem transit, neque cum proprietate consolidatur, sed conjunctis accrescit *l.* 1. §. 3. *ff. de usufr. accresc.* Deinde proprietate legata, qui partem suam aut ab initio non agnovit, aut amisit agnitam, jus accrescendi non habet; at usufructu legato, qui partem suam vel ab initio non agnovit, aut amisit agnitam, accrescendi jure non caret *l.* 10. *ff. eod.* Eam juris diversitatem inde repetit Ulpianus *in d. l.* 1. §. 3. *ff. eod. quia ususfructus quotidie constituitur, & legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore, quo legatur.* Vid. quæ supra prævertimus *de usufr.* §. 11. Ceterum illud hodie, cum in usufructu, tum in proprieta-

 te

te commune obtinet, quod, licet legata sint inæqualia, pars deficiens tamen æque singulis pro virili accrescat *d. l. un.* §. 11. *de cad. toll.*

XV. Quod ad legandi modum, tralatitium illud est, non solum pure, sed sub conditione etiam, & in certam diem legari posse. Et siquidem pure legetur, statim a morte defuncti legati dies cedit, & venit *l.* 5. §. 1. *ff. quand. dies leg. ced.* (Dies in jure cedere dicitur, cum jam aliquid deberi cœpit, sed peti non potest, nisi dies præstituta jam venerit : dies venisse dicitur, cum, quod debetur, jam peti potest *l.* 213. *ff. de verb. sign.*) Legati conditionalis dies nec cedit, nec venit, nisi ubi conditio extiterit *l.* 21. *ff. quand. dies leg. ced.* Denique legati in diem certam relicti dies cedit quidem statim a morte defuncti, sed non venit; nisi tempus præstitutum adfuerit. His positis, Jure Antejustinianeo quidem cum heredis institutio omnium testamenti capitum videretur fundamentum esse, ante institutionem heredis inutiliter legabatur. Verum, ne juris scrupulositas voluntati defunctorum obesset, legata Justinianus præstari jussit, seu ante, seu post institutionem heredis ea scripta forent §. 34. *h. t.* Rursus post legatarii mortem, aut heredis, frustra legari videbatur olim. Quod enim ad legatum post legatarii mortem, regula juris erat, actionem, quæ a defuncto, vel contra defunctum non incepisset, ab herede, vel contra heredem incipere non posse. Deinde, quod ad legatum post mortem heredis, heredem heredis a testatore onerari non posse censuere veteres Ulp. *fragm.* 24. §. 15. Verum & ab ejusmodi subtilitatibus Justinianus recedi jussit, ac post mortem heredis etiam, aut

lega-

legatarii, legatum voluit conferri posse §. 35. *h. t.* Proinde idem Augustus regulam juris antiqui inverti curavit *l. un. C. ut act. ab her. & contr. her.* eaque cautum, ut actiones ab heredibus, & contra heredes possent incipere. Inutilia quoque videbantur olim, quæ legata pœnæ nomine relinqui dicebantur. Ejusmodi fuisse videntur, quæ heredis magis coercendi gratia, quam liberalitatis erga legatarium ostentandæ causa fierent. Ejus legati ita meminit Ulpianus *fragm.* 24. 17. *si filiam tuam in matrimonio Titio non collocaveris, decem millia Sejo dato.* Proinde adversus aperta Jurisconsulti verba Bynkershoekii sententia uti nolim, qui ea tantum legata pœnæ nomine relicta putat, quibus heredi testator aliquid probrosum injungeret *in diss. de leg. pœn. nom.* Utcumque id erit, legata pœnæ nominæ Justinianus præstari jussit, modo ne quid turpe heredi præscriptum a testatore foret §. 35. *h. t.* Consistit postremo legatum sub modo relictum: ejusmodi illud est: *centum Titio do lego, ut mihi monumentum extruat:* id parum a conditionali differt, si ab eo discesseris, quod sub modo relictum statim peti potest a morte defuncti, cautione præstita, rem restitutum iri, si modus non fuerit impletus *l. 7. ff. de cond. & demonstr.* Illud prope exciderat, alieni testamenti tabulis scribendis adhibitos vetari sibi legatum adscribere: si secus quis fecisse revincatur, legatum non solum pro non scripto erit, sed legis etiam Corneliæ de falsis accusari poterit *l. 15. ff. ad l. Corn. de fals. & senatusc. Libon. & l. 4. C. de his, qui adscr.*

XVI. Quod ad errorem, is quidem admitti potest aut in legatarii, reive legatæ nomine, aut in de-

demonſtratione, aut denique in legati cauſa. Error in nomine legatarii admiſſus legato non obeſt, modo de legatarii perſona conſtet §. 29. *h. t.* Idem exiſtimandum, ſi lapſus teſtator fuerit in rei legatæ nomine, modo de re legata aliunde liqueat. Hinc utile legatum erit, ſi quis in teſtamento Cornelianum fundum *Sabinianum* appellet *l. 4. ff. de leg. 1.* Cum enim hominum, ac rerum ſignificandarum gratia ſint inventa vocabula, ubi aliunde de eis conſtiterit, legata infirmari non debent. Quod tamen de errore in rebus admiſſo dixi, id quidem de vocabulis, quæ propria vocant, intellige. Si enim erratum in nomine fuerit, quod *appellativum* Grammatici dicunt, legatum peti non poteſt. Hinc ſi quis veſtem legaturus *ſupellectilem* eam vocarit, neutram recte petet; veſtem enim teſtator non dixit, ſupellectilem non intellexit *d. l. 4. ff. de leg. 1.* Eo accedit, quod rerum nomina *appellativa*, quæ vocant, ex publica æſtimatione pendent, neque uſque adeo indulgendum privatorum arbitrio, ut publicum loquendi morem invertant. Ceterum cum demonſtratio a proprio rei vocabulo parum abſit, ea, ſi falſa fuerit, legatis obeſſe non debet, ſaltem ubi præter falſam demonſtrationem legatis aliud haud obſtiterit. Ita quidem ſi quis fundum Sabinianum legans eum a Sempronio ſe emiſſe dixerit, licet fundus a Sempronio non ſit emptus, legatum conſiſtet adhuc §. 30. *h. t.* Multo minus falſam cauſam legatis obeſſe ſcribit Tribonianus §. 31. *h. t.* Cauſa enim legandi legato non hæret, & ſine ulla cauſa legari poteſt, & ſolet. Hinc ſi cui legetur, quia teſtator teſtamento dixerit, ſua negotia curaviſſe, licet id falſo creditum a teſtatore fuerit, legatum adhuc

adhuc debetur. Verum si testator alias legaturus haud foret, idque ab herede probetur, exceptione doli legatarius repelli poterit, ubi falsa causa revincatur *l.* 72. §. 6. *ff. de condit. & demonstr.*

XVII. Denique ad petendum legatum tres quidem actiones sunt in jure proditæ. Prima personalis ex testamento est, quæ ob quasi contractum aditionis datur adversus heredem §. 5. *de obl. quæ ex quas. contr. nasc.* Altera est rei legatæ vindicatio ex dominii jure manans adversus quemlibet rei legatæ possessorem. Rei enim propriæ testatoris legatæ dominium a die mortis testatoris statim transit in legatarium *l.* 80. *ff. de leg.* 2. Tertia denique actio est hypothecaria. Legatarios enim Justinianus in omnia defuncti bona hypothecam habere jussit *l.* 1. *C. comm. de leg.* At vero ante hereditatis aditionem legatum peti non potest. Proinde si heres testamentum deseruerit, legata intercidunt §. 2. *de leg. Falcid.* Quod si quis proximus etiam ab intestato heres hereditatem dolose repudiet ex testamento sibi delatam, ut eam sine onere nanciscatur, ac legata, & fideicommissa corruant, utili ex testamento actione ad legata, & fideicommissa tenebitur non secus, ac si re vera ex testamento adita foret hereditas *l.* 1. §. 11. *ff. si quis omiss. caus. test.* Contra si legitimarum hereditatum jure carentes heredes instituti repudiarint hereditatem, si clausula codicillaris testamento fuerit apposita, heredes ab intestato quasi ex fideicommissi causa legata adhuc præstabunt. Heredes vero non solum legata præstare debent, sed in fructus etiam, & usuras obligantur non a die litis contestatæ tantum, sed & statim, ex quo mora per eos facta dicetur *l.* 87. §. 1. *ff. de leg.* 2.

TITULUS XXI.

De ademptione legatorum.

Cum ad mortem usque voluntas hominis ambulatoria sit, liberrima testatori facultas est adimendi legata, si velit. Legata igitur censentur adempta, si, quod destinatum legatario fuerit, ei testator amplius præstari nolit. Legatorum autem ademptio vel ipso jure fieri, vel ope exceptionis potest induci. Ipso quidem jure adimi legata possunt *expresse*, vel *tacite*. Expresse dicuntur adimi, si ea disertis verbis testamento, vel codicillis testator ademerit, &, quod alicui legare se dixerit, diserte declaret præstari nolle *princ. h. t.* Tacite adempta legata videntur, si facto aliquo de mutata testatoris voluntate constiterit; veluti, si is legatum induxerit, deleverit, inscripserit, aut rem legatam ita immutarit, ut in pristinam formam redire non possit *l.* 88. *ff. de leg.* 3. Contra exceptionis ope inducitur legatorum ademptio, si per luculenta quidem indicia de mutata testatoris voluntate præsumi queat; veluti si inter eum & legatarium capitales inimicitiæ subortæ sint: qua tamen in specie convalescet legatum, si amicitia redintegrata fuerit *l.* 4. *ff. h. t.* quamvis alias, re legata redempta, quæ ultro alienata a testatore fuerit, legatum in dubio non convalescat *l.* 15. *ff. eod.* Denique translatione quoque adimi legatum potest. Translatio vero legatorum non uno modo contingit ex Cajo *in l.* 5. *ff. eod.* Nam aut a persona in personam transferri possunt; aut eorum onus in alium transfertur ab eo, qui jussus est dare; aut aliud pro alio

alio legatur ; aut legato puro conditio adjicitur, & vice versa. Verum, ubi ab alio legatum transfertur in alium, saltem quinque testes sunt advocandi : si pauciores fuerint adhibiti, legatum alteri recte quidem ademptum intelligetur (nam vel si coram duobus testibus contrariam voluntatem testator ostenderit, legatarius exceptione repellitur *l.* 3. §. *ult. C. de fid.*) in alium tamen non recte translatum videbitur. Neuter igitur in ea specie illud obtinebit. Sed isthæc tanti non sunt, ut me portum prospicientem diutius morari debeant.

TITULUS XXII.

De lege Falcidia.

CUm latissima legandi facultas Decemvirali carmine testatori concessa foret, usu sæpius veniebat olim, ut legatis exhaustæ repudiarentur hereditates. Proinde non heredum tantum, sed ipsorum etiam testatorum intererat, ut coangustaretur testandi licentia, quo heredes invenirent, neu res recideret ad intestati causam. Id ipsum legatariorum etiam interesse videbatur, cum, deserto alias testamento, legata corruerent. Primo igitur malo obviam itum plebiscito Furio. De ejus quidem ætate nil certi pronunciare ausim ; ejusdem tamen sententia prostat apud Ulpianum *fragm. t.* 2. Siquidem eo cautum, ne cui quis legaret, mortisve causa donaret supra asses mille, præterquam personis exceptis in lege ; si quis plus cepisset, quadruplo lueret. Verum ea lege lata incommodo non omnino consultum. Cum enim nullus finis legatis præstitutus esset, facile testatori erat

legem

legem eludere; si tot mille quidem assium legata scriberet, ut nihil, aut parum superesset heredi. Haud absimile fuit fatum legis Voconiæ, quæ & ipsa plebiscitum fuit rogatum anno Urbis 594. Ea enim præter ea, quæ supra prævertimus, cautum & illud fuerat, ne qui census esset, plus ulli legaret, quam ad heredem perveniret Cicer. 1. *in Verr.* 43. Verum & ea lata in vetus incommodum res facile redire poterat. Ut enim præteream, tantum de eo, qui census esset, cavisse legem, cum nullum legatariorum numerum ea præstituisset, in minutula legata tota adhuc hereditas absumi poterat, atque una tantum sextula scriptus heres aspergi. Sæpissime igitur testamenta deserebantur, cum tantuli lucelli spes vix cuiquam salivam moveret. Quapropter cum superiores leges exitu inutiles plerumque forent, eisque modus quidem, non tamen finis legandi præscriptus esset, opportune sub Augusto anno Urbis 745. lex Falcidia lata, quæ & ipsa plebiscitum fuit. Ea vero cautum, ne quis ultra dodrantem hereditatis legatis absumeret, neu minus quarta parte heredes ex testamento caperent; si minus ad heredes perveniret, legata eo usque pro rata imminuerentur, donec ii salvam quartam haberent *l. 1. ff. ad leg. Falc.* Tantæ molis erat, testatores eo perducere.

II. Jam vero licet de solis legatis ab initio lex diserte caverit, statim tamen interpretatione Prudentum ad fideicommissa singularia quoque perducta videtur; alias obliqua via per fideicommissa facile eam fuisset eludere. Neque aliud suadere putes §. 5. *de fid. hered.* Siquidem ibi non dicitur, retentionem quartæ partis ex singulis rebus per fideicommissum relictis Senatusconsulto Pegasiano

per-

permissam, sed simpliciter permissam esse, quo jure tamen haud addito. Sed quoquo jure heredi isthæc retentio permissa fuerit, exploratum videtur, ad Divum Pium usque ad fideicommissa ab intestato Falcidiam non pertinuisse: is primus ad ejusmodi fideicommissa quoque Falcidiam produci voluit *l.* 8. *ff. ad l. Falc.* Cum vero per donationes mortis causa facile adhuc heredes defraudari possent, opportune Severus ad eas etiam Falcidiam extendi jussit *l.* 5. *C. eod.* Denique cum donationes inter virum & uxorem a donationibus mortis causa parum absint, ac donatoris tandem morte firmentur, eas etiam Falcidiæ subesse mox placuit *l.* 12. *C. eod.* Ceterum lex isthæc heredi omnino consultum voluit. Proinde non solum, si possidet, ex hereditate quartam retinere is potest, verum etiam, si non possideat, quartam a quovis possessore rite vindicabit *l.* 26. *C. eod.*

III. Porro legis Falcidiæ ratio in singulis heredibus iniri debet §. 1. *h.t.* & *l.* 77. *ff. eod.* Legi igitur satisfactum videri nequit, si, duobus scriptis heredibus, alterius pars quidem legatis non delibetur, alterius vero legatis imminuatur. Quod si non omnes, qui scripti fuerint, heredes extiterint, in ineunda legis Falcidiæ ratione ita distingui placuit, ut, si ille deficiat, cujus portio legatis onerata non fuerit, legata a coherede præstentur integra, licet sua pars legatis fuerit exhausta: sin deficientis portio legatis imminuta fuerit, coheres legata adhuc imminuere queat, licet ei a principio pars adscripta legatis non sit imminuta *l.*78. *ff.h.t.* Verum enimvero id ita quidem intellige, si coheres deficiens superstes testatori fuerit, ut videri possit, eum, testatore mortuo, institutum fuisse.

Si

Si is enim superstite testatore decesserit, a coherede, qui superfuerit, testatore mortuo, tamquam ex sua parte pure, ex parte deficientis sub conditione, quæ jam extiterit, herede scripto, solida legata præstanda erunt, ac legi satisfactum videbitur, si, utraque parte conjuncta, salvus sit ei quadrans *l.* 87. §. 4. *ff. h. t.*

IV. Ceterum in quantitate patrimonii exquirenda, si de Falcidiæ deductione quæratur, tempus mortis spectari debet. Proinde incrementum, aut damnum, quod jacente hereditate contigit, heredem sequitur §. 2. *h. t.* & *l.* 73. *ff. eod.* Hinc si heredi quadrante minus relictum fuerit, ac mox ex partu pecorum hereditati tantum accesserit, ut ei quarta sit salva, adhuc delibare legata poterit. *d.* §. 2. *h. t.* Tantum si quid accesserit hereditati jacenti ex præcedente facto, vel contractu defuncti, id in quartam imputari placuit, si quid minus heres acceperit. Hinc si fortunæ debitoris, qui solvendo non erat, post mortem testatoris excreverint, aut conditio crediti post mortem testatoris extiterit, id legatariis prodesse debet *l.* 56. §. 1. *ff. eod.* Verum enimvero in patrimonio defuncti ea tantum intelliguntur esse, quæ supersunt, deductis oneribus §. 3. *h. t.* Ejusmodi censentur esse non solum æs alienum hereditarium, impensæ funeris, & servorum manumissorum pretia, sed illud etiam, quod ipsi heredi a defuncto debetur *l.* 6. *C. h. t.* Licet enim alias post aditionem defunctum repræsentet heres, ut proinde utriusque obligationes confundi videantur, in ineunda tamen Falcidiæ ratione non tempus aditionis, sed mortis spectari placuit, quo quidem nondum evalescit actionum confusio. Eo illud accedit, quod, inventarium herede conficien-

te,

te, ne aditione quidem ejus pereant actiones hodie, & æquam cum creditoribus extraneis fortunam habeat *l. ult.* §. 9. *C. de jur. del.* Quod si cui alimenta legata fuerint, in eis quomodo computari Falcidia debeat, docet Æmilius Macer in *l. 68. ff. h. t.* Nimirum a prima ætate usque ad annum trigesimum computatio annorum triginta fiet; ab annis vero triginta tot annorum computatio inibitur, quot ad annum sexagesimum deesse videntur. Alimentorum igitur quantitate ita computata, ejus summæ Falcidia retinebitur. Denique si quid Reipublicæ, aut collegio perpetuo duraturo quotannis legatum fuerit, in ineunda Falcidiæ ratione tantum legatum videbitur, quantum sorti sufficiat ad usuras trientes ejus summæ, quæ legata est, colligendas *l. 3. §. 2. ff. eod.*

V. Jam vero cum jure publico, cui privatorum pacta non possent officere, Falcidia deberetur heredi, non solum testamento testator quartæ detractionem prohibere non poterat, sed ne pactum quidem, aut stipulatio inter testatorem & heredem recte olim interponebatur, ut Falcidiæ beneficium heres amitteret *l. 15. & 27. ff. h. t.* Verum secus Justiniano placuit *novell. 1. c. 2.* Siquidem ibi testatori concessum, heredi Falcidiam, si velit, auferre. Id si testatori placuerit, Falcidiæ detractio diserte ab eo prohiberi debet; alias in dubio pro herede pronunciandum Carpzov. *p. 3. c. 5. def. 13.* Ceterum aliis quoque modis Falcidia amitti potest. Primo enim jure pandectarum Falcidia censetur indignus, qui id agit, ut fideicommissum intercidat, quique non capienti rogatus sit restituere ex Senatusconsulto Planciano *l. 59. ff. h. t.* Deinde eodem pandectarum jure Falcidia cessat non

solum

solum in testamento militis, sed in dote etiam relegata mulieri *l.* 81. §. 1. *ff. eod.* Contra jure codicis Falcidia indignus videtur heres, si inventarium facere neglexerit *l. ult. C. de jur. del.* ex legatis etiam, quæ is integra solvit errore juris, nullam Falcidiæ nomine condictionem habet *l.* 9. *C. h. t.* Jure vero novissimo Falcidiam heres retinere nequit in re legata, quam in familiæ, aut agnationis gratiam testator alienari vetuerit *novell.* 119. *c.* 11. Qui enim alienationem certæ rei vetat, Falcidiæ quoque in ea detractionem interdixisse videtur; alias elusoria foret defuncti voluntas. Denique, ne singula persequar, de subreptione rei hereditariæ convictus heres in favorem legatariorum Falcidiam detrahere prohibetur *d. novel.* 1. *c.* 2. Vid. Stryck. *in caut. test.* 22. *m.* 2. §. 11.

TITULUS XXIII.

De fideicommissariis hereditatibus.

LIcet hodie effectu juris inter legata & fideicommissa nihil intersit, eaque causa Triboniano fuerit, ut de utrisque conjunctim in pandectis ageret, inter eadem tamen immane quantum olim intererat. Legata enim necessitate juris astringebantur, ac præsto erat adversus heredem actio, qui voluntatem defuncti negligeret; contra fideicommissa pudore tantum continebantur eorum, qui restituere rogati essent. Totius differentiæ ratio inde pendebat, quod legata quidem verbis civilibus, fideicommissa precative relinquerentur *Ulpian. fragm.* 25. 1. Cum enim, uti quis *legasset*, ita jus esse Decemviri statuissent, isque legare tan-

tum-

tummodo censeretur, qui de rebus suis veluti legem testamento diceret, nullam juris necessitatem fideicommissa videbantur habere, in quibus legislatoris exemplo verbis civilibus usus testator haud esset. Formulæ enim fideicommissi precativæ erant; veluti *heres, fidei tuæ committo*, *peto*, *volo*, *precor*, *illud Mævio dari*. Proinde, ut alicujus preces contemnere alias impune licet, ita & in fideicommissis fidem impune fallere licebat heredi. Hinc facile constat, non temere quempiam fideicommisisse olim, sed eo tandem patresfamilias devenisse, cum res aliter ad fideicommissarium pervenire non posset.

II. Porro ut de fideicommissorum apud Romanos origine constet, repetendum memoria est, ex alieno testamento Romæ capere complusculos non potuisse. Ejusmodi, ne singulos nemorem, deportati, peregrini erant. Quapropter, cum eis legari non posset, fidei testator committebat heredis, si quid ipsis præstari vellet. Verum enimvero, Voconiana rogatione lata, fideicommissa sua sponte quidem increbrescentia incrementum longe uberrimum acceperunt. Cum enim, ut supra vidimus, lex Voconia mulierum hereditates coercuisset, si quis aut totam hereditatem, aut ultra, quam per legem capere ea posset, ad mulierem pervenire vellet, elusurus legis asperitatem ad fideicommissa confugiebat. Et honesti quidem heredes fidei suæ a testatore commissa statim exequebantur; subdoli vero homines fidem fallebant impune, & insignia fidei, aut improbitatis exempla in ea re veteres posteritati servarunt Cicer. *de fin.* 2. 58. Verum in tanta sanctitudine morum olim fidem plerosque servasse crediderim. Proinde ne per civium hone-

statem

ſtatem Voconianæ rogationi fraus fieret, ſacramento adactos eos aliquando novimus, ne contra legem Voconiam quid reſtituerent, ut ibidem a Cicerone proditum. Atque ea quidem in re juvabit advertere, eam Civitatum conditionem eſſe, ut in legibus ſcribundis cives potius, omniumque commoda, quam homines, & ſingulorum pudor aliquando ſpectari debeant. Sane Voconianæ rogationis exemplum oſtendit, veteres legum latores ipſius honeſtatis quandoque oblitos videri commodo Civitatis inſervientes, ac miro quidem certamine honeſtum civem cum honeſto homine commiſiſſe. Nam contra legem Voconiam hereditatem reſtituere rogatus ſi defuncti mandatum exequeretur, inhoneſtus civis; ſin ſecus, videbatur inhoneſtus homo. Verum optime ego actum cum Civitate putarim, ſi quam legem tantum honeſti homines conentur eludere.

III. Cum igitur fideicommiſſa ab arbitrio heredum penderent olim, eis perſequendis nuſquam actio prodita veteri jure fuit, atque inter perfidiam, ac probitatem fluctuarunt ad Auguſtum uſque. Is primus favorabilia fideicommiſſa ratus, atque eo quoque nomine populi favorem captans, auctoritatem ſuam Conſules interponere juſſit adverſus eos, qui fidei ſuæ commiſſa non exequerentur, eoque perventum tandem, ut Prætor etiam crearetur, qui de fideicommiſſis jus diceret §. 1. *h. t.* Ceterum fideicommiſſa non ejuſdem ſunt generis: alia enim dicuntur *univerſalia*, quæ totius hereditatis, ejusve certæ partis reſtitutionem continent; alia vero *particularia*, ſeu *ſingularia* potius, quibus res ſingulæ reſtitui jubentur. Hæc quidem legatis exæquavit Juſtinianus *l.* 2. *C. comm. de leg.* illa

ſub

sub veteri jure manere voluit. Proinde, ut ordine procedat suscepta disputatio, primum de fideicommissis universalibus, deinde de singularibus cum Imperatore videbimus.

IV. Principio fideicommissum universale definiri potest *obliqua ratio acquirendæ hereditatis*. Ejusmodi fideicommissum instituturus primum sibi scribere debet heredem; deinde eumdem rogare, ut hereditatem, ejusve partem, alteri restituat §. 2. *h. t.* Fideicommissa autem illud præ hereditate directa singulare habent, quod non solum pure, aut sub conditione relinqui possunt, verum in diem etiam, aut ex certo die. Tantundem in directa heredis institutione testatori non licet; ne cum testamento decedens, intermedio tempore, aut ante præstitutam fideicommisso diem, intestatus videatur contra juris regulam, quæ paganum quempiam partim testatum, partim intestatum obire non patitur. Eadem juris subtilitas fideicommisso non obstat, quia, hereditate quandocumque restituta, heres fiduciarius adhuc heres fingitur ex recepta juris regula, semel heredem factum non desinere heredem esse *l.88. ff. de her. inst.* Hæc tamen regula, qua fideicommissa sustinebantur olim, ipsis exequundis sæpiuscule erat impedimento. Nimirum restituta hereditate, ejus quidem emolumentum redibat ad fideicommissarium; heres vero fiduciarius a creditoribus hereditariis adhuc conveniri poterat. Cum igitur ob ejusmodi incommodum testamenta vulgo desererentur, ideoque fideicommissa corruerent, Senatusconsulto Trebelliano sub Nerone placuit, ut, hereditate ex fideicommissi causa restituta, actiones omnes, quæ in heredem, & heredi competerent, transirent in eum, cui hereditas restituta foret §. 4. *h. t.*

h. t. Verum ne ita quidem incommodo omnino consultum. Cum enim adhuc post Senatusconsultum Trebellianum actiones directæ penes heredem fiduciarium forent, eique opus exceptione restitutæ hereditatis esset, ut a creditorum molestia se expediret, plerique adire recusabant hereditatem, unde sine emolumento incommodum quandoque metuerent. Proinde, offa veluti objecta, ad adeundas hereditates heredes illici oportebat. Igitur Senatusconsulto Pegasiano sub Vespasiano cautum, ut heres fiduciarius hereditatem restituere rogatus quartam sibi retinere posset, eique jus haud absimile ab eo datum, quod heredi directe instituto lex Falcidia concessit, si legatis prægravaretur hereditas §. 5. *h. t.* Ita tandem per Senatum lex Falcidia ad fideicommissarias hereditates producta fuit. Inde factum, ut quarta isthæc ex Senatusconsulto debita a veteribus Falcidia appelletur *l.* 18. *&* 93. *ff. ad l. Falc.* &, quibuscumque casibus Falcidia cessat, Trebellianica etiam denegari possit.

V. Ceterum Senatusconsulto Pagasiano lato, Trebelliano sua vis stetit adhuc, si non ultra dodrantem ab herede fiduciario restituendum esset: quo casu tamen actiones pro rata competebant in heredem fiduciarium quidem jure civili; in fideicommissarium vero ex Senatusconsulto Trebelliano, tamquam in heredem §. *6. h. t.* Tandem igitur locus Pegasiano patebat, si quis ultra dodrantem restituere rogatus foret. Ea enim in specie heres fiduciarius, retenta quarta, dodrantem hereditatis fideicommissario restituebat *d.* §.*6. h.t.* Verum ne ob quartæ retentionem in solum fiduciarium a creditoribus hereditariis actiones intenderentur, stipula-

tio-

tiones interponebantur, ut quisque pro rata hereditatis conveniretur: has stipulationes *partis*, *& pro parte* dictas fuisse scribit Ulpianus *fragm.* 25. 15. Quod si fiduciarius heres totam hereditatem restituere mallet, actiones *emptæ*, *& venditæ hereditatis* interponebantur *d.* §. *6. h. t.* Verum ejusmodi stipulationes captiosæ Justiniano visæ. Siquidem, iis interpositis, fiduciarium heredem creditores adhuc convenire poterant, licet solutum a fideicommissario repetere jus ei foret. Proinde Imperator, explosis veteris juris ambagibus, si quid utile in Pagasiano foret, in Trebellianum Senatusconsultum transferri jussit, & hereditates tantum ex Trebelliano restitui. Quartam igitur, ejusve supplementum, heredem fiduciarium ex Trebelliano retinere voluit; ex eodem inter fiduciarium, & fideicommissarium actiones pro rata dividi. Quod si scriptus heres adire recusaret, cogi eum a Prætore voluit, ut hereditatem adiret, eamque statim fideicommissario restitueret, nullo nec damno, nec commodo apud fiduciarium remanente §. 7. *h. t.* Sed & jure novissimo *novell.* 1. *c.* 1. §. 1. si fiduciarius adire recuset, deficientibus coheredibus, aut substitutis, ipse fideicommissarius adire potest. Quæ quidem omnia intelliguntur non solum, si fiduciarius scriptus heres ex asse fuerit, verum etiam, si, coheredibus acceptis, ex parte sit institutus §. 8. *h. t.* At vero si quis, aliqua re præcepta, totam hereditatem restituere rogetur, eaque re contentus totam hereditatem restituere maluerit, contra fideicommissarium transeunt actiones omnes in solidum §. *9. h. t.*

VI. Porro non tantum heres fideicommissaria hereditatis restitutione gravari potest, verum & ipse

ipſe fideicommiſſarius recte rogatur a teſtatore, ut, quod accepit, totum, partemve reſtituat §.11. *h.t.* qua in ſpecie primus dumtaxat heres quartæ retinendæ jus habet *l.* 47. §. 1. *ff. ad leg. Falcid.* Tantum ſi primus heres priori fideicommiſſario donaturus quartam ſibi non retinuerit, fideicommiſſarius reſtituere rogatus eam detrahere non prohibetur *l.* 1. §. 19. *ff. ad Senatuſc. Trebell.* At vero, cum fideicommiſſorum origo ab heredum fide manarit, ordinaria probatione ea quidem haud indigent *l. ult. C. de fideicomm.* Hinc moriturus etiam ab inteſtato heredum legitimorum fideicommittere non prohibetur §. 10. *h. t.* Neque abſurdum videri dicas, ut heres legitimus, qui a defuncto nihil acceperit, fideicommiſſo gravetur. Is enim licet ab ipſa lege hereditatem accipiat, ex tacito tamen defuncti judicio hereditatem agnoſcit, qui extraneos inſtituere potuiſſet. Quod ſi præſentis heredis fideicommiſſum a teſtatore fuerit, idque neque ſcriptura, neque legitimo teſtium numero probari queat, fideicommiſſarius de calumnia juratus heredi jusjurandum deferre poteſt; eoque caſu vel ab herede jurandum fidei ſuæ nihil commiſſum eſſe, vel extremi mandati fides implenda §. 12. *h. t.* & *l. ult. C. de fideic.*

VII. Nondum hinc abire me ſinunt interpretes: momentoſa enim, & in foro frequens quæſtio definiatur, oportet, nimirum, an liberi univerſali fideicommiſſo gravati duplicem quartam, legitimam ſcilicet, & Trebellianicam, ex paterna queant hereditate deducere. Veteres gloſſatores plerique omnes duplicis quartæ detractionem in ea ſpecie liberis aſſeruerunt. Sane Baldus, & Jaſon ſuo quidem ævo eam ſententiam apud omnes Gentes legum

gum gloria florentes receptam fuisse testantur ad *auth. res*, *quæ*. *C. comm. de legat.* Ejusmodi vero sententiam validius increbuisse crediderim, ex quo secundum eam pronunciavit Innocentius III. in celebri *c. Raynutius. X. de test.* Secus tamen Cujacio, & Hotomano visum *illustr. quæst.* 43. eorumque sententiam late tuetur Harprecht. *in diss. de jur. deduc. duas quart.* Ita factum, ut interpretes non pauci sibi persuaserint, in ea re jus civile cum Pontificio non convenire. Proinde ut in concordiam redigi utrumque posset, distinctionem excogitarunt inter fideicommissa pura, & conditionalia; in illis jus civile, in his Pontificium sequendum plerique docuerunt Mant. *de conject. ult. vol.* 7. *tit. ult. n.* 31. Schilt. *exerc.* 18. §. 16. Verum recte Boehmerus observat ad *d. c. Raynutius*. sine discrimine ita cavisse Pontificem, nec ex *dict. cap.* inter fideicommissum purum, & conditionale quicquam distingui oportere: & ipse tamen Harprechtum sequutus inter jus civile & Pontificium manifestariam ea de re pugnam agnoscit. Verum, si recte rationes ineas, haud inepte statuas, duplicis quartæ detractionem ex ipso jure civili manasse. Primo enim, dum jus civile jubet, ante computationem quartæ Falcidiæ (igitur & Trebellianicæ) æs alienum deduci, profecto & portionem hereditatis legitimam deduci voluit, quæ æri alieno sexcenties accensetur in jure. Deinde aperte Zeno *in l. 6. C. ad Senatusc. Trebell.* in quartam Trebellianicam Falcidiam, seu legitimam, imputari vetat: recte enim observat Pagenstecherus *in aphor. h. t.* ibi Falcidiam a legitima diversam haud esse. Id si ita fuerit, Pontifex *in d. c. Raynutius*. potius juris interpretem, quam

legislatorem egit. Licet autem veterum glossatorum sententia in forum irrepserit, ea quæstio tamen incidere nequit, si testator testamento caverit, ne Trebellianicam deducat heres. Jure enim novissimo testator Trebellianicæ deductionem prohibere potest seu expresse, seu tacite *arg. novell.* 1. *c.* 2. Vid. Phil. Knipschild. *de fideic. c. 6. n.* 164. *& sequ.* At vero si testamento parens Trebellianicæ deductionem non prohibuerit, probabilius ego putarim, duplicem quartam a filio deduci posse sine discrimine, purum, an conditionale fideicommissum fuerit. Si enim ob conditionem adjectam diversis temporibus duæ fieri detractiones possunt, ego quidem haud video, cur & eodem tempore in puro fideicommisso binæ fieri detractiones nequeant. Vid. Stryk. *de succ. ab intest. diss.* 7. *c.* 1. §. 27.

TITULUS XXIV.

De singulis rebus per fideicommissum relictis.

ENucleatis superiori titulo fideicommissis universalibus, ad singularia progreditur hic Imperator. Fideicommissum autem singulare verbis etiam precativis relinquitur, in eo tamen, ut supra vidimus, ab universali differt, quod universali fideicommisso aut totam hereditatem, aut quotamcumque assis partem hereditario titulo restituere rogatur heres; singulari vero rem certam quis restituere rogatur, veluti fundum, argentum, pecuniam numeratam *princ. h. t.* Quod igitur hereditas a legato differt, universale fideicommissum distat a singulari. Proinde, ut supra prævertimus,

exæ-

exæquatio illa fideicommissorum, & legatorum a Justiniano facta *l.* 2. *C. comm. de legat.* ad singularia tantum fideicommissa pertinet. Eadem tamen exæquatio legatorum, ac fideicommissorum discrimen in verbis haud sustulit; nam jure quoque novissimo directo relicta legata erunt; precative relicta fideicommissa censentur. Quapropter tantum effectu juris legata fideicommissis Imperator exæquata voluit *d. l.* 2. *C. comm. de legat.* Inde fit, ut actiones legato petendo institutæ ad fideicommissa etiam extendantur hodie, ac legatum, si quid ei desit, quominus consistat jure legati, jure fideicommissi sustineatur. Ita quidem cum a donatario mortis causa, aut a legatario olim legari non posset (testator enim habebatur ut legislator heredis quidem intuitu, non legatarii) si quid hodie ab utrovis legatum fuerit, jure fideicommissi consistet per *d. l.* 2. *C. comm. de legat.* modo, ne ultra, quam quis acceperit, legatum a legatario, aut donatario fuerit §. 1. *h. t.* Vide, quæ supra disserui *de legat.* §. 3.

II. Verum enimvero jure quoque novissimo non semel contingit hodie, ut, etiam effectu juris inspecto, inter legatum & fideicommissum interfit. Primo enim cum ejusmodi exæquationem ab Imperatore ultimarum voluntatum favor expresserit, recte statuunt accuratiores interpretes, differentias non videri sublatas, quæ a manifesta testatoris voluntate procedunt. Ita quidem hodiedum, verbis directis libertate relicta, statim a morte testatoris libertus orcinus fit liber, nec jus patronatus heredi debet: contra, precative libertate legata, jus patronatus heredi præstandum §. 2. *h. t.* Id enim si præstari noluisset testator, directo jussisset

 libe-

liberum fieri servum. Deinde hodiedum peti legata nequeunt, nisi quinque saltem testes adhibeantur; contra fideicommissa etiam sine testibus relicta debentur, si probari, vel jusjurandum a fideicommissario deferri possit, testatorem heredis præsentis fideicommisisse *l. ult. C. de fideic.*

TITULUS XXV.

De Codicillis.

QUemadmodum eludendis legibus fideicommissa fuerunt inventa, ita declinandæ quoque juris testamentarii subtilitati, & scrupulosis testamentorum solemnibus, codicillorum receptus est usus. Quemadmodum quoque ab initio fideicommissa nulla necessitate juris astringebantur, ita ab initio codicilli etiam nullam juris necessitatem habebant, ac pudore heredum continebantur. Id ipsa evincit vocabuli notio. Apud veteres enim codicilli indigitabant epistolas ad præsentes maxime scriptas Sen. *epist.* 55. Hinc &, firmato codicillorum usu, in epistolæ formam plerumque eos perscriptos novimus *l.* 56. *ff. de fid. libert. l.* 30. §. 1. *ff. de adim. vel transf. leg.* Primus Divus Augustus, ut juris auctoritatem fideicommissis indulsit, ita & necessitate juris codicillos censeri voluit suo primum exemplo, deinde lege etiam fortasse lata. Cum enim L. Lentulus, herede Augusto sibi scripto, in Africa decederet, eique per codicillos, nescio quid, fieri mandasset, Augustus non solum extrema amici mandata est exequutus, sed generatim in posterum codicillos ratos haberi curavit. Rogatis enim jurisconsultis, an salvo jure recipi posset codicil-

cillorum usus, cum ii frequentes responsitassent, eos recipiendos videri præsertim ob cives, qui procul ibi agerent, ubi commode testari non possent, lege fortasse lata codicillis necessitatem juris indulsit. Verum & ita etiam non adeo frequentes codicilli fuerunt. Postquam tamen Labeo Jurisconsultus auctoritatis eximiæ codicillos & ipse scripsit, frequentissimi evaserunt *princ. h. t.* Ita autem codicilli recepti pristinam naturam diu retinuerunt, neque ad ipsorum firmitatem aliud desiderabatur, quam ut de epistolæ fide constaret *l. 89. ff. de leg.* 2. Verum juniores Principes quinque saltem testes in eis adhiberi voluerunt *l. fin. C. ff. h. t.* utque liberius esset extremæ voluntatis arbitrium, eos ab intestato etiam condi concesserunt *l.* 8. §. 3. *C. eod.* Proinde hodie, effectu juris inspecto, codicilli definiri possunt *minus solemnis testati, aut intestati voluntas*.

II. Hodie igitur testamentorum exemplo codicilli vel *scripti*, vel *nuncupativi* sunt: hi quidem vi sua subsistunt *l.3.ff.h.t.* illi naturam testamenti sequuntur, & cum eo consistunt, aut cadunt *l. 16. ff. eod.* Rursus codicilli scripti aut *confirmati*, aut *non confirmati* testamento sunt. Confirmati testamento dicuntur, si testator in supremis tabulis diserte caverit; *si quos codicillos fecero, ratos haberi volo*. Illud olim intererat inter utrosque, quod relicta codicillis testamento firmatis directo etiam jure valerent, veluti libertates directo datæ *l. 43. de test. manum.* Verum legatis & fideicommissis a Justiniano semel æquatis, legata hodie codicillis etiam non confirmatis relicta directe valent. Neque tamen prorsus inutile erit, codicillos hodie testamento firmari. Si enim ii firmati testa-

testamento fuerint, valebunt etiam sine testibus, cum jus suum mutuentur ex testamento, & ejus jure censeantur *arg. l.* 10. *ff. de cond. inst.* Harprecht. *vol.* 1. *conf. Tubing.* 5.

III. Porro fideicommissis & legatis semel æquatis, directo quidem codicillis recte legabitur, verum nec directa institutio, nec exheredatio, nec conditionis adjectio, ejusve detractio directe fieri codicillis potest *l.* 2. *C. de cod.* & *l.* 77. *ff. de her. inst.* Tantum testatori licet, rogare directum heredem in codicillis, ut hereditatem alteri restituat §. 2. *h. t.* Species igitur singularis est *in l.* 77. *ff. de her. inst.* ubi, rite testator testamento condito, specialem declarationem heredis ad futuros codicillos remittere potest non secus, ac alias institutio per relationem ad schedulam fieri permittitur Mant. *de conject. ult. volunt.* 4. 3. Quamvis autem de eo tantum casu Jurisconsultus loquatur, si quæ ex asse unciæ quibusdam heredibus adscriptæ testamento fuerint, ex ipsa tamen ratione legis recte Doctores inferunt, totam heredis institutionem etiam ad codicillos remitti posse Brunnemann. ad *d. l.* 2. *C. de cod.* & Stryk. *de caut. test. c.* 23. §. 21. Multo magis igitur, si quæ ambigue in testamento sint scripta, in codicillis declarari poterunt Bald. *vol.* 4. *conf.* 439.

IV. Illud addubitari queat, num ante testamentum codicilli facti supremis tabulis confirmari debeant, & an, ea confirmatione deficiente, ii corruant testamentorum exemplo, quorum postrema priora rumpunt. Consonum juri crediderim, ejusmodi codicillos confirmari testamento non oportere: neque enim a testamentis ad codicillos inferre licet. Siquidem testamenta supremi arbitrii universalem ordi-

ordinationem continent, ut proinde prius per posterius necessario rumpi debeat; contra codicilli defuncti placitum singulare continent, neque cum posteriori testamento consistere prohibentur. Recte igitur eos vigere dixeris, nisi diserte revocati testamento fuerint *arg. l.27.C.de test.* Inde fit, ut cum pluribus codicillis quis obire possit, neque in dubio alii per alios infirmentur *§. ult. h. t.* A testamentis tandem argumento petito, prioribus codicillis posteriores derogant, si quæ contraria complectantur *l. 3. C. de codic.* Verum enimvero dubium saltem videri queat, an, si postumus agnascatur post codicillos ab intestato factos, testamentorum exemplo ii rumpantur agnatione postumi. Sed & negat id aperte Paulus *in l.16.de jur.codic.* Sic enim ibi Jurisconsultus; *codicilli locum habent, quicumque ab intestato successerit; unum enim casum esse, nec interesse, quis succedat, dummodo ab intestato succedat.* Id tamen admitti velim, si paterfamilias intestatus obierit. Post codicillos enim testamento condito, ab eo pendere codicilli incipient, & cum testamento corruent, aut consistent, licet testamento confirmati non fuerint, cum in ea specie codicilli pars testamenti videri debeant. Vid. Donell. *comm. jur.civ.7. 19. n. 28. & sequ.* Sed, his omissis, de externis codicillorum solemnibus videamus.

V. Supra quidem advertimus codicillos defuncti *minus solemnem voluntatem* esse. Id tamen intelligi ita nolim, quasi nulla juris solemnitate codicilli egeant, & nuda probatione consistant, ut falso passim docent interpretes. Ii quidem *minus solemnis voluntas* definiri possunt, quia scrupulosis solemnibus testamentorum haud subsunt, & ipsi tamen

tamen suas solemnitates habent. Ita sane seu scripto, seu nuncupatione fiant, in eis quinque saltem testes sunt adhibendi, licet rogari eos haud oporteat *l. ult.* §. *ult. C. de codic.* Ita etiam eis testes subscribere debent, licet eorumdem subsignatio non requiratur *d. l. ult.* §. *ult. C. eod.* Falso tamen docuere complusculi, a testamentis argumento petito, fœminas inter testes in codicillis adhiberi non posse. Ideo enim fœminarum testimonium in testamentis arcetur, quia in comitiis calatis ea condebantur olim: atqui fœminis jus comitiorum haud erat. Contra codicillis originem dederunt testatorum epistolæ; in iis testibus haud opus olim; mox testibus adhiberi jussis, seu mares, seu fœminas testimonium perhibere placuit, quia testes potius ad probationem, quam ad solemnitatem in codicillis adhiberi viderentur. Vid. Heinecc. *ad Vinn.*§.*ult.h.t.* Verum licet isthæc sint juri conformia, ad præcavendas controversias tamen, si copia virorum haberi queat, prudentissimum erit, eorum testimonio uti Stryk. *de caut.test.*23.11. Nunc, quod superest, de clausula codicillari testamentis apponi solita videamus.

VI. Clausula codicillaris testamento apponitur, ut, si qua juris scrupulositas testamento obsit, codicillorum jure consistat. Ea ejusmodi est; *si testamentum jure testamenti non valeat, jure codicillorum ratum haberi volo*. Per eam igitur clausulam heredes ab intestato rogati censentur, ut, si ob testamenti vitium res ad causam intestati recidat, hereditatem eis restituant, qui heredes fuerint testamento scripti. Cum igitur in ea specie jure codicillorum testamentum censeatur, oportet, quinque saltem testes adhibitos in testamento fuisse; alias ne jure codicillorum quidem sufti-

sustineri poterit. Ubi factum id fuerit, si nihil ex codicillorum solemnibus testamento desit, testamentum sua sponte quidem infirmum codicillorum jure valebit, modo ne ex ipsa testatoris persona, aut voluntatis defectu vitium testamenti promanet. Proinde non absurde pragmatici ejusmodi clausulam *herbam betonicam* appellarunt: ut enim herba isthæc vitia corporum complura curat, ita codicillaris clausula pluribus vitiis testamenti medetur. Hinc, ea quidem apposita, jure codicillorum testamentum consistet seu præteriti, seu injuste exheredati fuerint a testatore liberi Socin. Jun. *conf.* 167. *n.* 24. Boer. *decis.* 267. Merl. *de legit.* 1. 3. *quæst.* 1. *n.* 20. Et licet alias ad tempus institutio fieri nequeat, idque si fiat, pro non scripto tempus haberi debeat, testamento tamen apposita codicillari clausula, adveniente tempore rogatus censetur institutus hereditatem legitimis heredibus restituere, ut post Bartolum *in auth. ex causa. Cod. de lib. præt.* passim pragmatici docent. Vid. Menoch. *præsumpt.* 4. 177. *n.* 1. Recte tamen idem Menochius observasse videtur ibidem *præs.* 31. *n.* 2. eam clausulam præsumi non oportere, ubi diserte apposita a testatore non fuerit. Neque enim, qui testamentum facere occœpit, præsumi debet, codicillos facere voluisse.

Excursus singularis

Politicoforense specimen fideicommissorum exhibens.

Fideicommissis ab Augusto necessitate juris astrictis, eorum statim mutata facies, ac præter ve-

veterum, morem fideicommiſſa in dies increbuerunt, quæ apud vetuſtatem, ſi minus ignota, rariora ſaltem. Scilicet quæ ante Divum Auguſtum inoleſcebant fideicommiſſa, eo pertinuere pleraque, ut per occultas heredum pollicitationes teſtamentariæ leges eluderentur, atque ex teſtatorum precibus ad eos bona redirent, qui ex alieno capere teſtamento non poſſent. Extrema iſthæc mandata pudore continebantur heredum, neque uſquam prodita juris actio adverſus eos, qui rogati rem reſtituere teſtatori tacitam fidem accommodaſſent. Quod ſi jus capiendi fideicommiſſario foret, ſed injuſta voluntas teſtatoris fuiſſet, quia contra juris regulas diceretur teſtatus eſſe, ne ea quidem in ſpecie prodita actio fideicommiſſario fuerat, licet is per leges capere non vetaretur. Quod igitur ſupra vidimus, fideicommiſſa ab Auguſto neceſſitate juris aſtricta, de iis intelligendum, quæ capacibus relicta forent: fideicommiſſa enim relicta iis, qui capiendi jure carebant, neque ab Auguſto probata, neque ullam hodie juris neceſſitatem important. Ita factum, ut, legibus in dies humanioribus latis adverſus eos, qui capere vetabantur olim, fideicommiſſa quidem relicta capiendi jure carentibus pene uſurpari deſierint; capacibus vero relicta freqnentiſſima evaſerint apud priſcam Juriſconſultorum ætatem, & eo perventum hodie, ut vix ullum ſcribatur teſtamentum, in quo aliquid heredis fidei non committatur. Et ab initio quidem in fideicommiſſis inſtituendis modeſtiores fuere mortales, nec adeo quiſpiam poſteritatem curabat, ut remotiſſimam nepotum ſeriem in fideicommittendo ſpectaret; mox tamen ulterius providentiam ſuam extendere, & in æternitatem produ-

cta consilia, fideicommissis excogitatis, quæ pessimo publico in perpetuum posteritati consulerent. Hinc de fideicommissorum interpretatione creberrimæ in foro controversiæ, &, quod Baldo in substitutionibus obtigit, ejusmodi lites pragmaticis vellus aureum evaserunt.

II. Porro fideicommissis frequentioribus instituendis complures fuere causæ. Primo enim cum unis amicis complusculi consultum vellent, iis vero fato præreptis familiæ suæ, quam alienis, gratificari mallent, ea lege amicis prædia legari cœpta, ut, quandocumque decederent, ad testatoris heredes ea redirent. Deinde cum turpe sit visum semper, avita prædia distrahere, seque ita cum liberis ad egestatem perducere, patresfamilias liberorum dedecus, aut inopiam amoliturí, diffidentes de eorum ingenio utile censuerunt, testamento statuere, ut in familia bona ad tempus, aut perpetuo servarentur. Verum, ceteris omissis, fidecommissorum frequentiam inde potissimum manasse crediderim. Ubi ex Imperii Romani ruinis in Europa complures orti sunt Principatus, & exuta æqualitate, uni nobiles rebus gerendis admoti, majus etiam ex divitiis nobilitati pretium, avitæ nobilitatis tuendæ solliciti testatores fideicommissa certatim instituerunt, ne quando sine opibus ea vilesceret. Hinc, ne a familia bona discederent, *majoratus*, quos vocant, inducti, renunciationes sororum in gratiam fratrum excogitatæ, per ipsas Civitatum leges ab hereditate parentum exclusæ fœminæ, pacta successoria inter familias illustres inita, familiare jus *retractus* inventum, matrimonium *ad morganaticam* institutum, avita parentum bona nexui feudali

dali fubjecta, & fexcenta alia apud vetuftatem ignota. Cum vero ratio Principatus expofcat, ut fub unius Imperio leges nobilitati faveant ob promptum inde in Reges auxilium Montefqu. 8. 9. fideicommiffis adfuere Principes, eaque non folum contra jus vetus contractibus inter vivos, fed in feudis quoque conftitui præter juris regulas concefferunt. Verum inter civium æmulationes plura ftatim ex fideicommiffis incommoda. Inde enim nova litium feges, ignota impedimenta contractibus, &, quod indoluerim magis, fine fideicommiffi vinculo bona vix reliqua. Proinde, quo incommoda ifthæc porro præcaveantur, publice expedire putarim, ut præter teftatores avita nobilitate clariffimos ceteris adimatur promifcua fideicommittendi licentia. Ita enim & induftriæ ditefcendi locus, & divitiarum inter cives æqualitati via non præcludatur.

III. Ex dictis hactenus facile, puto, conftiterit, pro fideicommiffis in dubio non refpondendum, eaque, utpote odiofa, interpretatione non adjuvanda. Præterquam quod enim heredes coercent, quominus de rebus a teftatore relictis pro lubitu ftatuere queant contra juris regulam, qua quifque præfumitur, heredem quam minime gravare velle, ea ad paucos bona deducunt, lites immortales gignunt, &, quod caput eft, fpem omnem inter cives æqualitatis agrariæ perimunt. Saltem fi ea de controverfiæ ex civili ratione pronunciari debeat, in clarorum quidem virorum teftamentis fideicommiffa per interpretationem adjuvari concefferim; in obfcurorum hominum teftamentis per interpretationem ea coerceri malim. Indignum fane facinus videri queat, nudius tertius agafonem ali-

quem

quem, aut nuper clausa taberna hominem, fideicommisso subjicere res perjurio partas, easque veluti religione occupatas commercio eximere. Sed recte isthæc, an secus, rerum civilium auctores viderint: nos rei invidiam declinantes alteram rubricæ partem occipiemus.

IV. Postquam increbuere fideicommissa, nova veluti scientia ex cerebro pragmaticorum emersit. Ita quidem inter fori jurgia complusculæ fideicommissorum divisiones evaluerunt non solum e veteri jure haustæ, sed, ut causis inserviretur, ex re nata quoque excogitatæ non paucæ. Proinde cum pro ipsorum diversitate diverso jure censeantur fideicommissa, celebriores saltem eorum divisiones recenseri juvabit. Primo igitur ex jure veteri diviserunt fideicommissa pragmatici in *singularia* & *universalia:* universali fideicommisso solidus hereditatis as, ejusve pars quotacumque universali titulo relinquitur; singulari fideicommisso res singulæ legari solent. Sed ea de divisione quidem nos supra opportuniora præcepimus; de universali fideicommisso tamen juvabit adhuc veluti per saturam hic quædam adscribere. Principio igitur, cum ejusmodi fideicommissum heredem quam maxime gravet, non temere fingi debet, nisi aperte ex testamento de eo constet. Haud ego quidem ignoro, universale fideicommissum tacite quoque institui a testatore posse *l. 67. §. 9. ff. de leg.* 2. perperam tamen complures ex levissimis conjecturis illud admitti jubent. Ceterum si quando apertis indiciis de hujusmodi fideicommisso constiterit, primo percepti fructus in hereditate restituenda non venient: nam ante restitutionem fiduciarius heres ex jure dominii fructus suos per-

cipiendo facit. Deinde quæcumque jure hereditario non capiuntur, in universali fideicommisso non continentur *l. 55. ff. ad Senatusc. Trebell.* Ipsius igitur heredis bona fideicommisso non cedent, modo ne ea quoque testator fideicommisso subjici caverit *l. 67. §. 5. ff. de leg. 2.* Denique si totam hereditatem liberi restituere rogentur, ii quidem extraneorum exemplo Trebellianica interdici a parente possunt, neutiquam vero legitima *l. 32. & 36. C. de inoff. test.* modo ne Socini cautio a testatore fuerit adhibita, de qua supra pluscula *in excurs. de coerc. test. arbitr.* §. 3. Neque enim a parentibus filii legitima defraudari possunt. Hinc quamvis alias adeundo heres defuncti voluntatem tacite censeatur agnoscere, si filius tamen universali restitutione gravatus hereditati paternæ se immiscuerit, detractioni legitimæ renunciasse non præsumetur Mant. *de conject. ult. vol.* 7. 8. 2. Proinde si legitimam is non detraxerit, ad heredes eam transmittet Stryk. *de caut. test. c.* 21. *m.* 1. §. 7. Menoch. 8. *præs.* 196. *n.* 17. Illud tamen addubitari queat, an, si feuda in hereditate fuerint, ea universali fideicommisso cedant. Jure communi feudali quidem, cum nihil in feudum testatori liceat *consuet. feud.* 1. 8. *princ.* in universali restitutione feudum non continetur. Verum apud nos, ex quo ad preces Urbis a Philippo IV. concessum, ut intra gradus successionis feudalis *majoratus*, & fideicommissa in feudis possent institui, universalis restitutio feuda quoque complectitur *pragm.* 34. *de feud.*

V. Rursus ex fori recepta sententia fideicommissum aut in ultima voluntate constitui, aut contractibus inter vivos conveniri potest; proinde hoc *conventionale* dixere pragmatici. At vero con-

tractibus inter vivos bonorum omnium fideicommissum constitui nequit ; saltem sibi quædam excipere ita fideicommittens debet, ne qualemqualem testamenti factionem sibi præcidere videatur Oldrad. *conf.* 131. Ceterum ubi contractu fuerit fideicommissum initum, ingenuam proprietatem fideicommissi exuit, & contractus naturam induit. Inde fit, ut, si fideicommissum fuerit sub conditione conventum, contractuum aliorum exemplo, conditione pendente, spes ejus ad fideicommissarii heredes transmittatur Capyc. Latr. *decis.*2. Ejusmodi fideicommissum pragmatici inniti putant *in l.* 3. *C. de donat. quæ sub mod.* ubi Diocletianus & Maximianus ratum haberi cavent pactum initum inter donatorem & donatarium de re donata restituenda tertio, eique; quia directa non possit, utilem actionem accommodari jubent. Proinde probabilius ego putarim, in ejusmodi fideicommisso acceptationem fideicommissarii expectari non oportere, idque hodie magis admiserim, cum ubique fere Gentium contra juris civilis regulas invaluerit, ut ex alieno contractu actio tertio possit acquiri Mev. *p.* 4. *dec.* 112. *n.* 5. Wissenbach. ad *pand. vol.*1. *disput.*9. *th.*18. Nolim inficiari tamen, fideicommissarii acceptationem aliquando utilem existimandam esse. Ubi enim ea sequuta fuerit, ne ex mutuo paciscentium consensu quidem a fideicommisso recedi poterit. Verum si per donationem mortis causa constitutum fideicommissum fuerit, non mutuo paciscentium consensu tantum, sed & unius donatoris pœnitentia a fideicommisso resilire licebit, ubi pactum in contrarium non fuerit appositum *arg. l.* 4. *ff. de adim. vel transf. leg.*

VI. Præterea fideicommissum in *temporale*, &

 per-

perpetuum partiri solent interpretes. Dupliciter autem temporale fideicommissum intelligunt, seu quod post certum tempus, veluti post decennium, fiduciarius heres restituere rogatus fuerit, seu quod stare testator jusserit ad secundam, vel tertiam generationem usque. Verum si accuratius rationes ineas, inter utrumque vix discrimen invenies, cum in utroque post tempus quid restitui jubeatur. Contra perpetuum fideicommissum erit, si cujus familiæ favore testator res suas perpetuo fideicommisso subesse jusserit: quo quidem casu res fideicommissi vinculo non liberantur, nisi in cujus persona familia perimatur. Ejusmodi fideicommissum ratum censuere veteres, ac perpetuo sustineri pronunciarunt, si ad posteros omnes ex familia orituros testatoris voluntas extenderetur *l. 32. §. 6. ff. de leg.* 2. Secus tamen cavisse videri queat Imperator *novell.* 159. Ibi enim aperte statuit Justinianus, ne, favore familiæ alienationis prohibitione in infinitum facta, ultra quartum gradum prohibitio producatur. Verum primo ea novella speciem singularem spectat. Siquidem ultra quartum gradum fideicommissum ea protendi vetat, ubi tandem per medium impuberem extraneus heres extiterit: quod quidem adjunctum, ut monet ad *dict. novell.* Cujacius necessario adesse debet, ut ex Justiniani mente pateat novellæ locus. Deinde, eodem Cujacio judice, constitutio isthæc ex numero earum videtur esse, quas pecunia corruptum Harmenopulus Tribonianum composuisse narrat. Proinde vulgo conclusere Doctores, pragmaticis haud invitis, eam servari non oportere Covarr. *variar. resol.* 3. 8. *n.* 4. Petr. *de fideic. quæst.* 3. *n.* 34. Porro ex recepta fori sententia quemadmo-

 dum

dum fideicommissa alias expresse fieri possunt, aut tacite, ita perpetua fideicommissa quoque non solum expressa, sed & tacita sustinentur. Ita quidem perpetuum fideicommissum tacite factum videtur, si qua id suaserint aperta voluntatis indicia. Eo pragmatici pertinere putant, si, quæ vocabula a testatore fuerint adhibita, tractum temporis *successivum* indigitent; veluti si defunctus *de descendente in descendentem*, *de gradu in gradum*, *de herede in heredem* fideicommissum transire jusserit Intrigliol. *de subst. cent.* 3. *quæst.* 81. *n.* 29. Mant. *de conject. ult. vol.* 8. 12. *n.* 11. Quin licet fideicommissum simpliciter *familiæ* relinquatur, aut *agnatis*, adhuc perpetuum videri oportere accuratiores existimant, si aliunde voluntas defuncti non refragetur *arg. l.* 69. §. 3. & 78. §. 3. *ff. de legat.* 2. Negat id quidem Mantica *de conject. ult. vol.* 8. 1. 19. verum decretoria in eam sententiam videtur hodie *l. ult. C. de verb. & rer. sign.* ubi in simplici fideicommisso familiæ non solum propinqui, sed, ipsis quoque deficientibus, gener & nurus admitti jubentur. Ceterum cum ex tacita voluntate defuncti fideicommissum universale tacitum aliquando sit admittendum, potiori jure id de singulari pronunciari debet *l.* 87. §. 2. *ff. de leg.* 2.

VII. Porro ubi quid de familia testator exire vetuerit, proximiori quidem in heredis gravati morte fideicommissum defertur *l.* 69. §. 3. *ff. de legat.* 2. Verum addubitari queat, utrum proximitas isthæc ex persona testatoris fideicommissum instituentis, an heredis restituere rogati sit æstimanda. Qui proximitatem ex testatore æstimandam ajunt, se Modestini auctoritate tuentur *in l.* 32. §. 6. *ff. eod.* Is enim ad fideicommissum familiæ vo-

cari scribit, qui ex nomine defuncti fuerint. Præsidium mutuantur adhuc ex *l.* 41. §. 3. *ff. de vulg. subst.* ubi in fideicommisso non heredi gravato, sed ipsi testatori succedi scribitur. Proinde cum in jure alias proximitas æstimetur ex persona ejus, de cujus successione agitur, proximitatem cum herede gravato omnino negligendam existimant Covarr. *pract. quæst. c.* 38. §. 3. Fusar. *quæst.* 278. Contra adversæ sententiæ patroni regerunt, in ea re fideicommissa eodem jure cum primogenituris censeri oportere; atqui in earum delatione non instituentis quidem, sed ultimi possessoris proximitatem spectari ajunt Molin. *de Hisp. primog.* 3. 9. 2. Gabr. *concl.* 107. Eo etiam præter alia pertinere censent argumentum ex consuetudinibus feudalibus desumptum *libr.* 2. *c.* 11. ubi ex propinquitate cum ultimo feudi possessore proximitatem æstimari ajunt. Verum recte videtur advertisse Struvius *in synt. jurispr. exerc.* 36. *th.* 19. ejusmodi controversiam facti potius, quam juris esse: interesse igitur, utrum in fideicommisso constituendo testator agnatum suum primo vocarit, an exterum quempiam, veluti amicum, conjugem, ea cum lege, ut post mortem suam ipsius testatoris familiæ illud restituatur: priori quidem in specie proximitatem ex ultimo possessore spectari oportere ex tacita voluntate defuncti, qui, vocata familia, ad eam secundum edictum successorium fideicommissum pertinere voluisse præsumitur: contra in posteriori specie propinquitatem ex testatore æstimandam esse, ratione habita temporis, quo testator obibat, non ejus, quo obit gravatus heres, eoque pertinere videtur *l.* 32. §. 6. *ff. de legat.* 2. Vid. Stryk. *de succ. ab int. diff.* 7. *c.* 3. §. 17.

VIII.

VIII. Cuicuimodi vero fideicommissum sit, in eo caute procedendum, & temere plures fideicommissum fingunt, ubi vulgaris tantum est substitutio. Ita sane, si plures conjuncti a testatore per substitutionem fuerint, quos necessitas juris postulabat institui, veluti filius, & ex eo nepos, vulgaris tantum substitutio facta videbitur: substitutio enim in dubio directa præsumi debet Socin.*conf.*113. *n.6.* Menoch.*conf.*85.*n.*7. Idem existimarim, si plures instituti fuerint, quos caritatis ordo commendet, veluti frater, ejusque filius Dec. *conf.* 205. Illud tamen addubitari queat, num filii superstites, qui conditionem perimunt, ac substitutum excludunt, si minus directo vocati, atque instituti videri debeant, saltem ex fideicommissi causa sint admittendi, an neutro jure vocati censeantur. Nobilis isthæc quæstio in scholis, ac foro, ita passim enunciari solet: *an filii in conditione positi censeantur dispositive vocati*. Causam ei dedit Accursius ad *l. Lucius. ff. de her. instit.* Cum enim adnotasset ibi Glossographus, filios in conditione positos patri tamquam ab intestato succedere, eum, veluti signo sublato, sequuti pragmatici negarunt, in ea specie filios institutos, ac directe vocatos videri oportere. Eorum argumenta sat accurate, & bona quidem fide recensuit Claudius Chifletius *de jur. fideic.* 2. 14. Potissimum eo redit, conditionem in jure nil ponere: ea adveniente igitur tamquam ex institutione vocatos non videri filios. Secus tamen censuerunt Oldradus, Pontanus, aliique nec pauci, nec contemnendi. Eorum argumentum potissimum eo redit, per leges filios in conditione positos substitutum excludere: eosdem igitur institutos in ea specie videri oportere, seu ne-

 potes,

potes, neptesve fint, feu extranei. Diverfus utrifque error, & utrique nimium adimunt, conceduntve liberis in conditione pofitis. Utrumque enim videtur abfonum, & conditionem generatim in jure nil ponere, & filios in conditione pofitos generatim inftitutionis jure fubftitutum excludere. Rectius igitur cum eodem Chifletio *loc. cit.* diffidium ita compofueris, ut liberi in conditione pofiti non cenfeantur inftituti quidem, ac directe vocati, fed per tacitum fideicommiffum invitati potius, fi voluntas teftatoris aliunde non refragetur. Vis enim expreffæ conditionis in ea fpecie adeo infirma videri non debet, ut ex ea nequeat precaria voluntas induci. Si enim ubi confilium potius, quam fideicommiffum videtur effe, liberorum mentione habita, relictum in fideicommiffi vim valet, *l.* 11. §. 9. *ff. de leg.* 3. ego quidem haud video, cur idem admitti non debeat, ubi filiorum teftator fub conditione meminerit, cum facile alias filiorum gratia Jurifconfulti fideicommiffum agnofcant. Id autem fi admittatur, integrum hic patri non erit, unum ex filiis in fideicommiffo præferre, aut inter filios res fideicommifso fubjectas inique diftribuere. Ubi enim filii vocati fuerint, cuique virilis debetur *l.* 88. §. 6. *ff. de leg.* 2.

IX. Porro feu perpetuum, feu temporale fideicommiffum fuerit, aut *controventionale*, aut *fimplex*, aut *fimplex & abfolutum* erit: res ipfas novere veteres, vocabula ignorarunt. Fideicommiffum *controventionale* dixere pragmatici, in quo fideicommiffarii vocantur ftatim, fi alienare prohibitus alienarit bona fideicommiffo fuppofita. *Simplex* appellarunt, in quo poft heredis grava-

ti

ti mortem fideicommissario bona deferri jubentur. *Simplex & absolutum* dici fideicommissum placuit, in quo uterque casus spectatus a testatore foret. Hac igitur in specie patebit fideicommissi delationi locus non solum morte a fiduciario obita, sed & quandocumque bonis alienatis in favorem cujusquam alienari prohibitis. His ita constitutis, in fideicommisso *controventionali*, ubi bona alienata fuerint, statim revocari possunt ab eo, in cujus favorem testator ea alienari vetuerit: contra in fideicommisso simplici revocationi locus haud patet, nisi post heredis fiduciarii mortem. Denique in fideicommisso simplici & absoluto non solum post heredis gravati mortem, sed statim post alienationem fideicommissarius vindicare poterit res fideicommisso subjectas Fusar. *de fideic. quæst.* 554. Cuicuimodi fideicommissum fuerit, alienationis prohibitio cessat, si dotem puellæ a fideicommittente prognatæ constitui oporteat, ut communiter tradiderunt interpretes ad *auth. res, quæ. C. comm. de legat.* Quid si nuptura mulier ei conjuncta fuerit ex latere? In ea re quidem diffidium fecerunt interpretes: negant enim, & affirmant quamplurimi. Qui ercifcundi videri volunt, ea distinctione æquius fortasse rem transigunt; ut pro dote quidem constituenda alienationem prohiberi statuant; pro dote vero restituenda permitti. Discriminis rationem hinc repetunt, quod restitutio dotis ad causam publicam magis accedat, ne indotatæ viduæ viro careant, neu eis fideicommissi nesciis damni quid inferatur de Luc. ad *decis. de Franch.* 241. *n.* 2. Stryk. *de caut. test. c.* 21. *m.* 2. §. 9.

X. Rursus fideicommissum aut *simpliciter familiare* est, aut *familiare lineale*, quod ajunt:

sim-

simpliciter familiare videbitur, si in certa familia bona testator servari jusserit. Ea perempta igitur, familiæ postremus de rebus fideicommissis pro lubitu statuere poterit. *Familiare lineale* vocant, si testator, altera deficiente linea, fideicommissum in alteram extendi caverit, veluti si duo fratres instituti, atque invicem substituti rogentur, ne bona alienent, eaque perpetuo in familia servent. Ceterum si fideicommissum familiare fuerit, addubitatum novimus, an cum masculis fœminæ quoque vocatæ censeantur. Familiæ vocabulo latissime quidem accepto mulieres etiam continentur *l. 195. ff. de verb. sign.* Cum tamen, familiari fideicommisso instituto, in agnatione servari bona voluisse testator sit præsumendus, in ejusmodi fideicommisso fœminas rectius excludi dixeris. Menoch. 4. *præsumpt.* 88. *n.* 5. Stryk. *de succes. ab intest. diss.* 7. *c.* 2. §. 9. Cumque absurdum sit, successores remotiores admittere, ubi auctores proximiores exclusi fuerint, & in fœminarum masculis, mutato sexu, perstet adhuc exclusionis ratio, si qui descendant ex fœminis, licet juventur prærogativa sexus, fideicommisso familiari etiam arceri debent. Ruin. *vol.* 1. *cons.* 39. *n.* 11. At vero descendentibus per masculos ad fideicommissum a testatore vocatis, dubium videri queat, an admitti debeant per masculos prognatæ fœminæ. Affirmant plures, quia in ea specie mulier in agnationis linea continetur. Aliis ita distinguere placuit, ut instituti gravati filia excludatur, quia ea principium & caput est lineæ muliebris; contra admittatur, quæ ex gravati heredis liberis prognata fuerit, quod & per masculos ipsa descendat Menoch. *cons.* 926. *n.* 110. Utcumque id erit, si bona in agnatione testator ser-

servari voluerit, uni masculi vocati videntur per masculos descendentes Surd. *conf.* 316. Fœminæ tandem admittentur, si nullus masculus in agnatione superfit Peregrin. *de fideic. art.* 27. *n.* 20. Ceterum, ubi fideicommissum semel redierit ad fœminas, in primævam naturam bona revertuntur soluta fideicommissi vinculo, nisi secus cautum testamento fuerit Knipschild. *de fideic.* 8. 286.

XI. Jam vero res fideicommisso suppositæ non solum, quod supra monuimus, dotis constituendæ, aut restituendæ causa alienari possunt, verum æris etiam alieni causa, si id contractum ab ipso fideicommittente fuerit. Alias bona fideicommissi vinculo subjiciendo facile cuique foret creditores eludere. Idem etiam indulgeri placuit, si a fideicommittente prognatus captus ab hostibus sit redimendus *auth. contra cum rogatus. C. ad Senatusc. Treb.* Verum commode addubitari queat, an transigi quoque de fideicommisso liceat, si prævacendæ sint lites de eo subortæ. Sane aperta res est, in fideicommisso transactionem admitti, si temporale sit, eique consentiant, quorum interest. Hinc Imperatores *l.* 11. *C. de transact.* ratam haberi jubent a fratribus transactionem initam ad fideicommissum mutua substitutione vocatis. Ita enim & inter fratres parari concordia, & improbum votum captandæ mortis alienæ præcaveri posse videbatur. Vid. Claud. Chiflet. *de jur. fideic.* 2. 16. Quod si fideicommissum perpetuum familiare fuerit, aut illud testator ad plures generationes extendi caverit, adhuc de fideicommisso complures transactionem admittunt, modo & bona fide fiat, & de ultima defuncti voluntate ex tabularum inspectione constet juxta *l.* 6. *ff. de transact.*

Quod

Quod ad posteros autem ad fideicommissum vocatos, ii quidem transactionem impugnare non poterunt, si ea auctoritate Principis munita fuerit Peregrin. *de fideicom. art.* 52. *n.* 89. Idem de illis intelligendum, qui transigentium fuerint heredes ob vulgatam juris regulam, heredem defuncti factum, & id quidem jure permittente initum, impugnare non posse. Secus dicendum videtur de eo, qui transigentis hereditate se abstinuerit; qua quidem distinctione adhibita doctorum in ea re dissidia facile composueris. Vide Stryk. *de caut. test. c.* 21. *m.* 2. §. 14.

XII. At vero si contra testatoris sententiam rei fideicommissæ alienatio facta fuerit, rei vindicatio fideicommissario competet, eique rem alienatam revocare licebit *l.* 1. *C. comm. de leg.* Hæc autem revocatio non tantum fideicommissario competet, si illicita fuerit alienatio, verum etiam si justis ex causis res distracta dicatur. Interest tamen inter utramque speciem. Si enim justa quidem alienatio fuerit, justum pretium præstandum erit emptori, idque procedit exemplo revocationis feudi, quod recte fuerit alienatum *consuet. feud.* 2. 3. 1. Quod si sine justa causa res fideicommissa alienata dicatur, rem revocans fideicommissarius pretium præstare non cogitur, quemadmodum, si illicita fuerit feudi alienatio, feudum revocans in investitura vocatus pretium non præstat emptori *arg.* 2. *consuet. feud.* 52. & 55. Ceterum, per fideicommissarium evicta re possessori, dubium videri queat, an re avocata possessor contra venditorem agere de evictione possit. Eam controversiam quidem sine jactu pulveris facile composueris. Nam si quis sciens rem fideicommissam emerit, pretium amittit

tit. *arg. l. 27. C. de evict.* is enim a se potius, quam a venditore decipitur. Contra si res ejusmodi vendita ignoranti fuerit, is pretium condicere non prohibetur *arg. l. ult. C. de litigios.* Quod si fideicommissi possessor bona libera jactet, ut emptorem inveniat, fideicommissarius recte postulabit, declarari jus suum ex *l. diffamari. C. de ingen. man.* Ea lex quidem cavet, ne quis alterius seu errore, seu malignitate diffametur ex causa status, neu quis ab aliquo, tamquam patrono, calumniam patiatur; verum ex recepta fori sententia in præsenti etiam controversia locum invenit Peregr. *de fideic. art. 41. n. 7.* Molin. *de Hisp. primog. l. 3. c. ult. n. 24.* Sed nos latius isthæc, quam pro instituto: longam igitur veluti navigationem emensi vela contrahemus, ne auditorum vota diutius morari videamur.

Finis tomi secundi.

ERRATA.		CORRIGE.
	In primo tomo.	
pag. 317	criminalis judicii	hujus judicii
	In ſecundo tomo.	
pag. 35	obſtingi	obſtringi
77	Imperium translato	Imperio translato

Cetera ſupplebit lectoris humanitas.